Die Gesetzesumgehung im römischen und bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Franz Ledermann,

Referendar,

Hirschberg in Schlesien.

□

Hirschberg.

Bote aus dem Riesengebirge.

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Leonhard.**
Correferent: Professor Dr. **Schott.**

Dem Andenken meines Vaters.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Die Entwicklung der extensiven Interpretation.

I. Was versteht das römische Recht unter agere in fraudem legis? . . . . . 9—11

1. Die Legaldefinitionen . . . . . 11—14

2. Die lex

a) Quelle . . . . . 14—16

b) Art . . . . . 16—23

c) Inhalt 23 29

3. Das agere

a) Wesen . . . . . 29—37

b) Abgrenzung . . . . . 37—47

4. Die Reaktion des Rechts

a) Die Streitfrage . . . . . 47—51

b) Die fraus . . . . . 51 - 55

c) Ergebnis . . . . . 55—59

II. Ist dieser Begriff noch für das bürgerliche Recht praktisch und verwendbar?

1. Ist dieser Begriff noch praktisch? . . . 59—75

2. Ist dieser Begriff noch verwendbar? . . . 75—76

Schluss: Die heutige Bedeutung der Gesetzesumgehung 77

Literatur-Verzeichnis.

Accursius: Commentarii zum Digesten Vetus, Paris 1576.

Bähr: in der „Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Bd. 30.

Bähr: in der „Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Bd. 32.

Bähr: „Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen", München und Leipzig 1883.

Barthelmes: „Das Handeln in fraudem legis". Göttinger Dissertation, Berlin 1889.

Binder: in der „Deutschen Juristenzeitung", 1905.

Brinz: „Lehrbuch der Pandekten". II. Aufl., Erlangen 1882.

Bütow: „Die Sicherungsübereignungen", Göttinger Dissertation, Göttingen 1894.

Cicero: „De finibus bonorum et malorum".

Danz: „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte". II. Auflage Jena 1906.

Dernburg: „Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens", III. Aufl. Halle a. S. 1906.

Dernburg: „Pandekten", VII. Aufl. Berlin 1902.

„Deutsche Juristenzeitung", Berlin. Jahrgang 1902.

Donellus: „De iure civili commentarii", Lucae 1762.

v. Eckartsberg: „Das Verhältnis des agere in freudem legis zum simulierten und zum fiduziarischen Geschäft".

Ehrlich: in der „Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Bd. 39.

Endemann: „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts", IX. Auflage Berlin 1903.

Endemann: „Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht", Leipzig 1883.

Endemann: in der „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht", Bd. 42.

„Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen", herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft, Bd. 11, 13, 24, 26, 44, 47, 53.

Gaii: „Institutiones", herausgegeben von Paul Krüger und Wilhelm Studemund, Berlin 1877.

Glück: „Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandekten", nach Hellfeld, Erlangen 1730.

Goltz: „Das fiduziarische Geschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts", Rostocker Diss. Marburg 1901.

„Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts", Berlin Bd. 37.

Hellwig: im „Archiv für die zivilistische Praxis", Freiburg und Tübingen.

Hoffmann: „Der Begriff der Gesetzesumgehung", Jenaer Diss. Berlin 1904.

Hölder: „Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs", München 1900.

Huschke: in der „Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess", Giessen Bd. 14.

„Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts", herausgegeben von Johow u. Ring, Bd. 22, 31.

Jhering: „Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung", 3. Aufl. Leipzig 1877.

Katzenstein: in „Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts", Bd. 49, Berlin.

Kohler: in „Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", Jena Bd. 16, 25.

Krüger: in der „Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht", Wien, Bd. 22, 24.

Kuhlenbeck: in den „Blättern für Rechtsanwendung", Erlangen 1905.

Lang: im „Archiv für ziv. Praxis", Freiburg und Tübingen, Bd. 83.

Leist: „Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien", Jena 1889.

Lenel: „Das edictum perpetuum", 2. Aufl. Leipzig 1907.

Leonhard: „Institutionen des römischen Rechts", Leipzig 1894.

Lilienthal: in der „Deutschen Juristenzeitung", Berlin, Jahrg. 1902.

Linckelmann: im „Archiv für Bürgerliches Recht", Berlin Bd. 7.

Livius: „Historiarum ab urbe condita libri".

Magen: „Agere in fraudem legis", Diss. Breslau 1911.

„Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich", Berlin 1888.

Neff: „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", Berliner Diss., Stuttgart 1895.

Oertmann: „Das Recht der Schuldverhältnisse", 2. Auflage, Berlin 1906.

Pernice: „M. Antistius labeo, das römische Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit", Halle 1878.

Plaff: „Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere". Wien 1892.

Planck: „Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen", 3. Aufl. Berlin 1903.

„Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs", im Auftrage des Reichsjustizamts, bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Gebhard, Dr. Spahn, Berlin 1897.

Regelsberger: im „Archiv für die zivile Praxis", Freiburg und Tübingen Bd. 63.

Regelsberger: in Endemanns „Handbuch des deutschen Handels- und Wechselrechts", Bd. 2 Leipzig 1882.

Regelsberger: „Pandekten" in Bindings „Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft", Leipzig 1893.

„Sächsisches Archiv für bürg. Recht und Prozess", Bd. 11.

v. Savigny: „System des heutigen röm. Rechts", Berlin 1840.

Schlegelmilch: „Ueber das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts", Jenaer Diss. Gera 1904.

Seufferts: „Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten", München und Leipzig Bd. 46, 62, n. F. 6.

Staubs: „Kommentar zum Handelsgesetzbuch", 8. Auflage Berlin 1907.

Staudinger: „Kommentar zum Bürg. Gesetzbuch", 5, 6. Auflage München, Wien 1910.

Suetonius: „Tiberius"

Tacitus: „Annales"

Thöl: „Einleitung ins deutsche Privatrecht", 6. Aufl. Leipzig 1879.

Unger: „System des österr. allgemeinen Privatrechts", 4. Aufl. Leipzig 1876.

Vangerow: „Lehrbuch der Pandekten", 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863.

Voigt: in den „Abhandlungen der Königl. sächs. Gesellschaft d. Wiss.", Bd. 16, Dresden.

Werthauer: in der „Zeitschrift für das Privat- u. öffentliche Recht der Gegenwart", Wien Bd. 13.

Wette: „Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis", Greifswalder Diss., Greifswald 1900.

Windscheid: „Lehrbuch des Pandektenrechts", 9. Aufl. bearbeit. von Dr. Th. Kipp, Frankfurt a. M. 1906.

Zumpt: „Der Kriminalprozess der römischen Republik", Leipzig 1871.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0152

Einleitung.

Menschliches Gesetz und menschlicher Eigennutz, auch in seiner Bedeutung als Entwickelungsfaktor genommen, liegen seit Urzeiten in einem ewigen Kampfe. Und die Waffen waren zu verschiedenen Zeiten verschieden stark. Die Gesetze der ältesten Zeit waren Entscheidungen einzelner Fälle, Antworten auf Fragen, die das Leben dem Gesetzgeber stellte, sie sprachen in feierlicher, gebietender Form und stellten sich oft dar als Aussprüche der Gottheit, deren Wortlaut durch heilige Scheu gewahrt wurde. Dazu trat die ganze Macht, die in einfachen Zeiten dem gesprochenen oder geschriebenen Wort innewohnte, dem Wort, das in feierlicher Formel den Rechtsverkehr beherrschte, dem Wort, dem sich nach dem Glauben des einfachen Menschen auch unbekannte Mächte beugten. Es war die Zeit des Rigor, der Herrschaft des Wortes, und so rüttelte die Zeit auch nicht am wörtlichen Sinn ihrer Gesetze.

Hier fand der Verkehr die schwache Stelle, wo er angriff. Er bekämpfte das Gesetz mit dessen eigener Waffe, dem Wort. Er verstiess nicht gegen den Wortlaut des Gesetzes, er ersann neue Wege, an die das Gesetz nicht gedacht hatte und erreichte auf ihnen den Erfolg, den das Gesetz verhütet zu haben glaubte, wenn es den geraden Weg dazu verlegte. Soweit nun die Forderungen des Verkehrs

berechtigte waren, soweit sie nicht verbrecherischem Eigennutz, sondern einem wahren, allgemeinen Bedürfnisse entsprangen, wich ihnen das Gesetz und, was vielleicht einmal ein einziger in der Not ersonnen hatte, um das Gesetz zu umgehen, wurde zur geduldeten, ja geregelten und allgemein üblichen Rechtsform.[1]). Anders die Fälle, wo nur Eigennutz den ungerechtesten Erfolg durch arglistiges Pochen auf das Gesetzeswort herbeiführte. Dagegen mussten sich Moral und Gerechtigkeitsgefühl empören, das musste unterbunden werden, aber wie? Durch neue Gesetze? Man versuchte es wohl anfangs auf diese Weise, dafür finden wir im römischen Recht einige Anhaltspunkte, solche Gesetze waren wohl die „specialia senatus consulta" zur Ergänzung der lex Fufia Caninia[2]), das senatus consultum Pegasianum, das die Kapazitätsnormen der lex Julia et Papia Poppaea auf die Fideikommisse[3]) und ein anderes Senatusconsult, das sie auf die mortis causa donationes ausdehnte[4]), endlich wohl auch die „multa plebiscita", von denen Tacitus berichtet[5]). Aber diese kasuistische Methode bewährte sich nicht. Das Leben ersann immer neue Wege, wenn die alten ihm verlegt wurden[6].) In dieser Not ging dem Gesetzgeber die Erkenntnis auf: Es gibt einen Sinn des Gesetzes, der über seinem Wortsinn steht, das ist sein wahrer Sinn, er ist zu ermitteln, in ihm finden wir die Waffe gegen die Umgehung des Gesetzes. Damals entstand, was wir heut extensive Interpretation

[1]) Pfaff, „Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere", S 73.
[2]) Gaius, „Institutiones", l. I § 46.
[3]) Gaius, „Institutiones", l. 2 § 286a.
[4]) l. 35 pr. D 39,6.
[5]) Tacitus, „Annales", l. VI. 16.
[6]) Hellwig, im „Archiv für die civile Praxis", Bd. 64, S. 370.

nennen[1]). Man suchte den Sinn des Gesetzes zu ergründen und stellte ihn über den Wortsinn, jetzt fielen alle Versuche, auf den Wortsinn gestützt zu handeln, unter das Gesetz[2]).

Man hätte nun annehmen können, dass mit dem Auftauchen der extensiven Interpretation jeder Unterschied zwischen Handeln gegen Wortsinn und Handeln gegen sententia des Gesetzes geschwunden sei, denn auch der gegen den Wortsinn, der contra legem Handelnde verstösst gegen die sententia legis, man hätte also sagen können, beides verletzt die sententia legis, beides ist contra legem. Seltsamerweise finden wir aber im römischen Recht diese Konsequenz augenscheinlich nicht gezogen, denn die römischen Juristen unterscheiden bei dem Zuwiderhandeln gegen die Gesetze, dem committere in leges, sorgfältig zwischen zwei Arten, dem agere contra legem und dem sogenannten agere in fraudem legis. Was verstehen sie nun unter diesem agere in fraudem legis?

§ 1.

Die Legaldefinitionen.

Augenscheinlich ist die Frage ganz einfach zu beantworten, geben uns doch zwei der bedeutendsten Juristen Definitionen davon. Paulus sagt in l. 29 D. 1,3: „contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam circumvenit" und Ulpian in der anschliessenden l. 30 D. 1,3: „Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ὄρκον ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit." Endlich spricht von

[1]) Pfaff, „Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere", S. 15.

[2]) Pfaff, „Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere", S. 14, Magen, „Agere in fraudem legis", S. 9.

unserem Begriff noch in allgemeinerer Fassung die sogenannte „lex non dubium" c. 5, C. 1,14. Ihre Hauptbedeutung liegt auf anderem Gebiet, nur in ihren Anfangsworten spricht sie von unserem Begriff: „Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat . .

Als einheitlicher Inhalt der Legaldefinitionen ergibt sich, dass derjenige in fraudem legis handelt, der den Sinn des Gesetzes (sententia; quod fieri noluit; voluntas;) verletzt, ohne gegen seine Worte zu verstossen (salvis verbis; quod fieri non vetuit; verba legis amplexus). Sonst enthalten diese Stellen in sich manches Widersprechende, ja Falsche. Seltsam ist schon, dass die Kaiser den doch offenbar technischen Ausdruck „fraus legi" nicht benutzen, sondern nur von „fraudulenter" sprechen. Dass Ulpian den Unterschied des contra legem agere vom in fraudem legis agere dem zwischen *ῥητὸν* und *διάνοια* gleich setzt, ist, wie schon Neff nachgewiesen hat[1]), unbedingt schief, denn der Gegensatz zwischen *ῥητὸν* und *διάνοια*, wie ihn Ulpian hier offenbar meint, besteht durchaus nicht zwischen dem contra legem agere und dem in fraudem legis agere, sondern jenes „umfasst dieses gewissermassen, weil es sowohl die verba als auch die sententia legis verletzt"[2]). Wir finden aber auch das dem Kriegswesen entnommene Bild des Paulus „sententiam circumvenit" falsch. Denn die sententia verletzt man doch, nur nicht offen an ihrer durch die verba geschützten Front,

[1]) Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 21.

[2]) Neff, a. a. O.

sondern durch Umgehen der verba, somit ist eigentlich die sententia das Objekt der Verletzung, die verba das der Umgehung und nicht, wie nach Paulus, die sententia das Objekt der Umgehung. Die Tätigkeit des betreffenden Gesetzes ist, wie weiter unten darzustellen ist, widersprechend bezeichnet. So lässt uns schon der Inhalt zweifeln, ob diese Aussprüche als Definitionen, d. h. erschöpfende Begriffsbestimmungen von den Verfassern gemeint sind. Die lex non dubium ist sicher nicht so gemeint. Dazu ist unser Begriff zu allgemein und nebenbei behandelt. Aber auch die Juristenstellen sind wohl erst von den Kompilatoren zu Definitionen erhoben worden. Die Stelle des Ulpian ist aus seinem Werk über die lex Cincia, er hat die Bemerkung wohl nur nebenbei im Anschluss an eine Entscheidung gemacht, dafür spricht auch, dass er von den Wirkungen des agere in fraudem legis schweigt[1]). Aehnlich steht es mit den Worten Ulpians aus seinem Ediktcommentar. Lenel[2]) fasst sie als Erläuterung der Ediktstelle[3]) auf: „Ait praetor: pacta conventa, quae neque. . . . . neque quo fraus cui eorum fit, facta erunt, servabo", dann erklärte sich auch das enim, mit dem unsere Stelle beginnt: Ulpian knüpft mit ihm an das Wort fraus des Edikts an[4]). So ist auch Ulpians Stelle ihrer Bedeutung als allgemein gültige Definition entkleidet, sie gilt nur für die pacta des Praetors[5]). Dass die Kompilatoren die Stellen zu Definitionen erhoben haben, ändert nichts daran.

[1]) Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 22.

[2]) Lenel, „Das edictum perpetuum", S. 64, Anm. 6.

[3]) l. 7 § 7 D. 2, 14.

[4]) Neff, a. a. O. a. M. Pfaff, „Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere", S. 134.

[5]) Neff, a. a. O.

Es ist somit gerechtfertigt, wenn wir, um den Begriff des agere in fraudem legis zu erforschen, nicht bei diesen Juristenaussprüchen stehen bleiben, sondern unseren Begriff dort, wo sich die Begabung der römischen Juristen am glänzendsten entfaltete, auf dem Gebiete der praktischen Entscheidungen aus der Fülle der Beispiele zu gewinnen suchen.

Die lex.

§ 2.

Die lex nach ihrer Quelle.

Dabei muss uns gleich auffallen, dass in dem Ausdruck in fraudem legis agere das Wort lex zu eng gewählt ist. Einmal ist zu beachten, dass der Ausdruck in fraudem legis hier nur für die typischen Fälle gewählt ist, es finden sich auch Ausdrücke wie „in fraudem senatus consulti, constitutionis, fraus edicto[1])", immerhin sind diese Fälle noch unter dem Ausdruck lex zu subsumieren. Mag dieses Wort auch Wandlungen in seiner Bedeutung durchgemacht haben, immer bedeutete es doch eine von der Staatsgewalt mit verbindlicher Kraft versehene Norm. Auf diese beschränkt sich aber der Begriff des agere in fraudem legis durchaus nicht. Hier ist der Ausdruck lex nach zwei Richtungen hin zu erweitern.

Nicht nur Gesetzesrecht ist dem agere in fraudem legis ausgesetzt, sondern auch Gewohnheitsrecht. Dahin deutet schon die manchmal[2]) vorkommende Wendung „in fraudem juris", und wirklich finden sich auch in den Quellen Fälle von agere in fraudem legis gegenüber Gewohnheitsrecht. Wir denken hierbei nicht an das meist hier angeführte Verbot der Schenkungen zwischen

[1]) l. 13 § 26 D. 19, 1; l. 8 § 6 D. 16, 1, l. 6. principium D. 47, 6.
[2]) l. 44 pr. D. 21, 1; l. 10 D. 34, 9.

Ehegatten[1]), von dem es ja heisst[2]), dass es „moribus apud nos receptum est", wir halten ihm gegenüber, wie weiter unten auszuführen sein wird, ein agere in fraudem legis für unmöglich, aber wir denken an andere Fälle, wie der der l.12 pr. D. 48,2, wo die Möglichkeit eines Handelns „detractandae legis causa" einem Rechtssatz gegenüber berücksichtigt wird, der „lange Zeit Gewohnheitsrecht gewesen und erst spät in die Gesetze über die Schwurgerichte aufgenommen worden war"[3]). Mit Recht sagt allerdings Barthelmes[4]), dass Umgehung von Gewohnheitsrecht seltener vorkommen wird, da es als aus dem Volk entsprossenes Recht den Bedürfnissen des Verkehrs nicht so stark entgegentreten wird und ausserdem als ungeschriebenes Recht den für die Gesetzesumgehung erforderlichen Unterschied zwischen verba und sententia legis nicht so leicht darbieten wird.

In anderer Beziehung ist die gewöhnliche Bedeutung von lex zu erweitern als auch gegen die Parteiabmachung, die lex contractus oder lex dicta Umgehung möglich ist[5]), so berichten die Quellen von einem Fall[6]), wo eine Sklavin unter der Abmachung verkauft wird, „ne (dominus) corpore quaestum faceret". Es liegt dann eine Umgehung der lex dicta vor, wenn sie „in caupona sub specie ministrandi" prostituiert wird. Einen anderen solchen Fall finden wir in c. 6 pr. C. 9,27, wo von einem „in fraudem legis sacramentique agere"

[1]) D. 24, 1.

[2]) l. I, D. 24, 1.

[3]) Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sogen. agere in fraudem legis", S. 144, Zumpt, „Der Criminalprozess der römischen Republik", S. 8.

[4]) Barthelmes, „Das Handeln in fraudem legis", S. 4.

[5]) Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sogen. agere in fraudem legis", S. 82.

[6]) c. 3 C 4, 56.

gesprochen wird und in l. 21 § 1 D. 26,5, wo es heisst *ἵνα μὴ ἄλλῃ ὁδῷ τοῦτό, ὃ οὐκ ἐβουλήθη, ἡ διαθεμένη, γένηται.*

§ 3.

Die lex nach ihrer Art.

Ist nun gegen alle leges Umgehung möglich, ganz gleich welcher Art sie sind? Es ist zur Beantwortung dieser Frage von Bedeutung, wie man die Gesetze ihrem Inhalt nach einteilt. Es ergeben sich da nach allgemeiner Ansicht[1]) besonders zwei grosse Kategorien: Das Recht besteht aus zwingenden und nichtzwingenden Rechtssätzen, die begriffsentwickelnden lassen wir als für uns bedeutungslos beiseite. Allgemein[2]) wird nun als selbstverständlich hingestellt, dass eine Umgehung nur bei zwingenden Gesetzen möglich ist. Auch nach unserer Ansicht bedarf es da keiner weiteren Begründung, da doch das agere in fraudem legis sich als ein verstecktes contra legem agere darstellt und es im Wesen des Zuwiderhandelns liegt, dass es einem Gesetze gegenüber unmöglich ist, das dem „zuwiderhandelnden" Willen weicht. Auch bei permittierenden Gesetzen ist ein agere in fraudem legis ebensowenig möglich wie ein contra legem agere[3]), wenn man überhaupt diese als besondere Art der Normen anerkennt und nicht in ihnen ein eingekleidetes zwingendes Gesetz sieht[4]). Fraglich erscheint es aber, ob man den Kreis der umgehbaren Gesetze noch weiter einschränken

[1]) Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts", Bd. I § 30; Dernburg, „Pand.", Bd. I S. 66.

[2]) Vgl. Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts", § 22 Anm. 2 a. E.

[3]) Donellus, „De iure cicili", l. I c XVII § 3. Kohler, in „Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Privatrechts", Bd. 18 S. 131. Pfaff, „Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere", S. 81.

[4]) Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts", Bd. I S. 118 u. a.

kann. Unter den zwingenden Gesetzen unterscheidet nämlich die herrschende Lehre Gebots- und Verbotsgesetze, und es wird von einigen Seiten[1]) behauptet, nur gegen verbietende Gesetze sei ein agere in fraudem legis möglich. Die Frage ist insofern für den römischrechtlichen Teil unserer Aufgabe bedeutungslos, als uns aus dem römischen Recht kein Fall einer Umgehung eines Gebotsgesetzes bekannt ist. Zwar wird von Pfaff behauptet[2]), dass derartige Fälle in den Quellen bezeugt werden, doch führt er leider für diese Behauptung auch nicht ein einziges Beispiel an. Nur an einen Fall könnte man hier denken, der sich aus c. 34 § 3, C. 8,53 folgern liesse. Justinian spricht hier von einer Insinuationsvorschrift für Schenkungen über 500 Solidi und sagt in § 3, dass mehrere zu verschiedenen Zeiten vorgenommene Schenkungen an dieselbe Person nicht, wie das vor ihm oft geschah, einfach zusammengerechnet werden sollen. Daraus haben einige[3]) schliessen wollen, dass ein agere in fraudem legis gegenüber der Insinuationsvorschrift undenkbar sei. Zerteilte also ein Schenker seine mehr als 500 Solidi betragende Schenkung in mehrere kleinere Schenkungen zur Umgehung der Insinuation, so wäre das nach § 3 der const. Justinians kein agere in fraudem legis und also giltig. Mit Recht betont hiergegen Pfaff[4]), dass Justinian nur eine alte Streitfrage entscheiden will, dass er nur an wahrhaft mehrere Schenkungen denkt, nicht an eine, die nur zur Umgehung der Insinuation in mehrere zerteilt ist; in einem der-

[1]) Vgl. Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts", I. Bd. § 27, Dernburg, „Pand.", I. S. 67.
[2]) Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", § 10 Anm. 2.
[3]) Vgl. Dernburg, „Pand.", § 108 A. 3.
[4]) Pfaff, „Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere", S. 85.

artigen Handeln läge auch u. E. ein agere in fraudem legis, ein agere in fraudem legis gegenüber einem Gebotsgesetz, das wir aber leider in den Quellen nicht direkt bezeugt finden.

Damit ist aber durchaus noch nicht gesagt, dass die Römer ein agere in fraudem legis nur bei Verbotsgesetzen kannten[1]), für diese Ansicht können u. E. auch die Legaldefinitionen nicht ins Feld geführt werden. Denn abgesehen von ihrer stark zweifelhaften Eigenschaft als wahre Definitionen, d. h. erschöpfende Begriffsbestimmungen zwingen auch sie nicht zu der oben genannten These. Die Art der Normsetzung des umgangenen Gesetzes wird nur in der Stelle des Ulpian deutlich mit vetare bezeichnet. Die beiden Anderen sprechen sich darüber nur ganz allgemein aus. Paulus spricht von der sententia, die Kaiser von der voluntas des Gesetzes, sie scheinen also nicht blos an Verbotsgesetze zu denken. Jedenfalls lässt sich unsere Frage aus den Quellen nicht mit Sicherheit beantworten. Sie lassen uns darüber im Ungewissen.

Doch vielleicht lässt sich die Unmöglichkeit des agere in fraudem legis gegenüber Gebotsgesetzen aus inneren, dogmatischen Gründen beweisen. Es sei uns hierüber gestattet, auch neuere, nicht allein das römische Recht behandelnde Literatur herbeizuziehen, da diese Frage nicht eine speziell römisch-rechtliche, sondern eine allgemein rechtssystematische ist. Gelänge es, obigen Beweis zu erbringen, dann wäre das Nichtvorkommen des agere in fraudem legis gegenüber Gebotsgesetzen in den Quellen aus inneren Gründen erklärt.

Doch schon die Grundlage des ganzen Beweises, die Einteilung des gesamten zwingenden

[1]) Vgl. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 27.

Rechts in verbietende und gebietende Gesetze hat zu Bedenken Anlass gegeben. Man versteht[1]) unter gebietenden diejenigen, die die Voraussetzungen für die Entstehung von Rechten und Verbindlichkeiten festlegen, unter verbietenden diejenigen, die fertigen und an sich rechtsgültigen Tatbeständen ihre Wirksamkeit aus Gründen meist allgemeiner Art absprechen. Bei den „gebietenden Gesetzen" ist es gleichgiltig, ob die in ihrer Definition genannten Voraussetzungen von willkürlichen menschlichen Handlungen oder vom Eintritte rechtlich bedeutsamer, aber dem menschlichen Willen nicht unterliegender Tatsachen herbeigeführt werden, in beiden Fällen trifft obige Definition zu. Die Bezeichnungen „gebietende und verbietende Gesetze" sind nicht treffend und werden nur ihrer Ueblichkeit wegen hier gebraucht, besser wäre es, mit Thöl zwischen berechtigenden und verneinenden Normen zu unterscheiden. Besteht nun wirklich zwischen den beiden Kategorien ein Wesensunterschied, oder ist es lediglich Sache der Gesetzestechnik, welche von beiden sie als Form für eine Norm wählen will? Die letztere Ansicht hat früher viele Anhänger gehabt, schon Donellus sagt[2]) „nam quae lex iubet quid fieri, simul omitti vetat: ut contra quae vetat ab eo quod vetat abstineri iubet, ut diximus in definitione iuris". Aehnlich sagt Savigny[3]): „ferner unterscheiden sich die gebietenden und verbietenden Gesetze nur durch die logische Form der Bejahung und Verneinung, welcher an sich gleichgültige Umstand keine Einteilungsglieder begründen kann". Diese Ansicht

[1]) Vgl. Endemann, „Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht", S. 4 A. 2. Thöl, „Einleitung ins deutsche Privatrecht", Bd. I S. 57.

[2]) Donellus, „de iure civili", lib. I, c. 17 § 3.

[3]) v. Savigny, „System des heut. römischen Rechts", Bd. 1 § 16 S. 59.

ist jedoch unbedingt zu verwerfen. Sie gibt die Gesetzgebung ganz der Willkür des Gesetzgebers preis, der sie nach abstrakten logischen Maximen gestalten mag, wie er will. Sie verkennt, dass das Recht etwas aus dem Leben Geschaffenes ist, das diesen seinen Ursprung nie verleugnen darf und kann.[1]) Wenn also das Recht gebietende Normen aufstellt, so sind die darin enthaltenen Voraussetzungen diejenigen, die das Leben für gut und zweckmässig erkannt hat, wenn es verbietende aufstellt, so sind die darin enthaltenen Voraussetzungen solche, die das Leben als schädlich erkannt hat. Es unterscheiden sich also beide Arten von Gesetzen grundlegend durch die Art ihrer Funktionen, die bei der einen positiver, bei der einen negativer Art sind, durch die legislatorischen Gründe, die zu ihrer Aufstellung geführt haben und die den gleichen Unterschied zeigen. Somit trägt jeder Erfolg, den der Gesetzgeber herbeiführen will, schon notwendig in sich die Entscheidung darüber, ob er mittelst eines verbietenden oder gebietenden Gesetzes anzuordnen ist, und wenn, wie es so oft von den Gegnern dieser Theorie geschieht, ein Verbotsgesetz in die Form eines Gebotsgesetzes gekleidet wird, oder umgekehrt, so wird dadurch am Wesen der betreffenden Gesetzesart nichts geändert.[2])

Ist nun allerdings anzuerkennen, dass die Unterscheidung der zwingenden Gesetze in verbietende und gebietende gerechtfertigt erscheint, so ist damit aber durchaus noch nicht gesagt, dass diese Unterscheidung eine verschiedene Stellung der beiden Kategorieen gegenüber dem in fraudem legis

[1]) Vgl. Endemann, „Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht", S. 72—75.

[2]) Vgl. Thöl, „Einleitung ins deutsche Privatrecht", Bd. I S. 102, Anm. 3 Nr. 2.

agere zur Folge hat. Ueber diese Frage herrscht in der Literatur Streit. Und zwar gibt der Teil der Literatur, der die Gebotsgesetze hierin den Verbotsgesetzen gleichstellt[1]), mit Ausnahme Hoffmanns für seine Ansicht keine Begründung, während die gegenteilige Ansicht[2]) von Endemann und Linckelmann begründet wird. Sie sagen: ebensowenig wie gegenüber einem gebietenden Gesetz ein contra legem agere denkbar ist, weil ich entweder den Tatbestand des Gesetzes erfülle oder nicht erfülle, und je nachdem ein Rechtsgeschäft zustande kommt oder erst gar nicht zustande kommt, ebensowenig ist ein agere in fraudem legis in diesem Falle denkbar. Endemann[3]) führt als Beispiel an: „Wird z. B., um das Formgebot des § 518 zu vermeiden, das Schenkungsversprechen als Schuldversprechen aus einem Kaufvertrag (venditio nummo uno) ausgegeben, so bedeutet das keine Umgehung eines Gesetzes, sondern ein Scheingeschäft."

Will Endemann hier das Scheingeschäft von der Gesetzesumgehung abgrenzen, so ist dieser Gedanke ja ganz berechtigt, nur ist das Beispiel durchaus kein Beweis für seine Behauptung, dass ein

[1]) Thöl, „Einleitung ins deutsche Privatrecht" Bd. 1 S. 159, A. 3. Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts", Bd. I § 22 A. 2 a. E. Dernburg, „Pandekten", Bd. I § 32 Anm. 15. Barthelmes, „Das Handeln in fraudem legis", S. 15. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere", S. 80. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Dig.", S. 27. Hoffmann, „Der Begriff der Gesetzesumgehung", S. 29/30.

[2]) Endemann, „Lehrbuch des bürg. Rechts", S. 48 Anm. 16. Linckelmann, „Archiv für bürg. Recht", Bd. 7 S. 216. Bähr, „Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Bd. 30 S. 330. Bähr, „Urteile des R. G. mit Besprechungen", S. 57. Hölder, „Institutionen des röm. Rechts", S. 19. Unger, „System des österr. allgemeinen Privatrechts", Bd. I S. 56. Staudinger, „Kommentar zum BGB.", Bd. I S. 463. Planck, „Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen", S. 243. Magen, „Das agere in fraudem legis", S. 19.

[3]) Endemann, a. a. O.

agere in fraudem legis gegenüber Gebotsgesetzen unmöglich ist.[1]) Denn dieses Geschäft, das da „zur Umgehung" abgeschlossen ist, ist gar kein wahres Umgehungsgeschäft, dazu fehlt ihm die Ernstlichkeit des Abschlusses, die dem agere in fraudem legis gerade charakteristisch ist, es ist ein Scheingeschäft und darum nichtig. Wie stellt sich aber die Endemannsche Ansicht zu dem Falle, dass jemand zur Umgehung des § 518 einen wahren Kaufvertrag mit einem anderen abschliesst, vielleicht auch einen Kauf nummo uno, aber mit der ernsthaften Absicht, diesen nummus zu leisten, resp. zu fordern? So lange dies letztere nicht auch noch ausgeschlossen wird, liegt ein Kauf vor[2]), diesen Fall hat Endemann und auch wohl Linckelmann nicht beachtet, und an solche Fälle denken wir, wenn wir behaupten, ein agere in fraudem legis ist auch gegenüber Gebotsgesetzen möglich.

Diese Ansicht lässt sich wohl auch dogmatisch rechtfertigen. Wir nehmen nicht mit Hoffmann[3]) an, dass der obige Unterschied zwischen dem „Verletzen eines Verbotsgesetzes" und dem „Nichterfüllen eines Gebotsgesetzes" wirklich nur ein „Spiel mit Worten" ist. Im Gegenteil, wir erkennen an, dass ein wahres contra legem agere bei Gebotsgesetzen undenkbar ist, denn geht man, wie immer, beim contra legem agere auf dem geraden Wege vor, dann kann man nur eine der Voraussetzungen des Gebotsgesetzes weglassen, d. h. das Gesetz nicht erfüllen, es ist das dann kein contra legem agere, sondern ein nihil agere.[4]) Nun ist es aber für das agere in fraudem legis charakteristisch, dass es

[1]) Vgl. Hoffmann, „Der Begriff der Gesetzesumgehung", S. 30/31.
[2]) Vgl. Kohler in „Iherings Jahrbüchern", Bd. 16 S. 142/43.
[3]) Hoffmann, „Der Begriff der Gesetzesumgehung", S. 30.
[4]) Vgl. Linckelmann, „Archiv für bürgerliches Recht", Bd. 7 S. 216.

versteckt gegen das Gesetz vorgeht, d. h. es wählt einen juristischen Weg, der von dem im Gesetz bezeichneten meist völlig verschieden ist. Dass es trotzdem ein in legem committere ist, also eine Beziehung zu dem betreffenden Gesetz hat, ist nur zu erklären von dem Gesichtspunkte aus, der in der Lehre des agere in fraudem legis ja eine grosse Rolle spielt, von dem Gesichtspunkte des wirtschaftlichen Erfolges aus, im Erfolge verstösst es gegen das Gesetz, agere in fraudem legis und umgangenes Gesetz berühren sich also nur im Erfolge, der gleiche Erfolg wird vom Gesetz gemissbilligt, vom agere in fraudem legis herzustellen gesucht. Somit ist jedes Gesetz, das einen Erfolg missbilligt, dem agere in fraudem legis zugänglich. Missbilligung, Nichtwollen eines Erfolges, wohl zu unterscheiden von seinem Verbieten, liegt aber auch in jedem Gebotsgesetz; indem es einen wirtschaftlichen Erfolg von Voraussetzungen abhängig macht, will es, dass er ohne ihre Erfüllung nicht erreicht werde. Damit ist gesagt, dass ein in fraudem legis agere gegenüber Gebotsgesetzen möglich ist. Dagegen gehört zum contra legem agere Verletzen eines Gesetzes nicht nur seinem wirtschaftlichen Erfolge, sondern auch seinem juristischen Tatbestande nach, und das ist, wie oben gesagt, bei Gebotsgesetzen undenkbar. Somit beschränkt sich Gebotsgesetzen gegenüber das comittere in legem auf das agere in fraudem legis.

§ 4.

Die lex ihrem Inhalt nach.

Wir lehnen es also ab, den Ausdruck lex auf Verbotsgesetze einzuschränken und nehmen ihn nur in der Bedeutung „zwingende Gesetze“. Wir werden ihn jedoch nach anderer Richtung einschränken, indem wir auf den materiellen Inhalt der zu um-

gehenden Gesetze Rücksicht nehmen. Damit kehren wir zurück auf das Gebiet des reinen römischen Rechts. Halten wir einige Beispiele daraus zusammen, deren Entscheidung durch die römischen Juristen auf den ersten Blick eine seltsame Inkonsequenz bezeigt: Durch das senatus consultum Velleianum war der Frau verboten zu intercedieren. Wenn nun die Frau, um das senatus consultum zu umgehen, einem Anderen den Auftrag gab, für denjenigen zu intercedieren, für den sie selbst nicht gültig intercedieren konnte[1]), so hat sie zwar selber nicht intercediert, aber salvis verbis senatusconsulti hat sie die sententia dieses Verbotes verletzt. Der wirtschaftliche Erfolg, den es verhindern will, die Haftung der Frau für eine fremde Verbindlichkeit, würde eintreten, wenn jetzt der Hauptschuldner nicht zahlt. Denn dann wird der intercedierende Mandatar in Anspruch genommen und verlangt mit der actio mandati contraria von der Frau Ersatz seiner Aufwendungen, d. h. eine Summe, die der Hauptschuld gleichkommt. Aeusserlich hat die Frau ein ihr durchaus erlaubtes Rechtsgeschäft abgeschlossen. Aber der wirtschaftliche Erfolg siegt über die äusserlich korrekte Form und stempelt sie zu einem agere in fraudem legis.[2])

Ein anderer Fall.[3]) Nach einer constitutio des Kaisers Constantin wurde fürderhin die l. commissaria bei Pfandhingabe verboten und für nichtig erklärt. Dagegen wird von den Kaisern Antonius und Severus ein Rescript erlassen[4]), wonach fol-

[1]) l. 32 § 3 D. 16, 1.

[2]) Das Gegenstück in l. 13 pr. D. 16, 1; vgl. Kohler in „Iherings Jahrbüchern", Bd. 16, S. 155, Hoffmann, „Der Begriff der Gesetzesumgehung", S. 35.

[3]) c. 3 C. VIII, 34. Vgl. Dernburg, „Pandekten", Bd. I § 31. Barthelmes, „Das Handeln in fraudem legis", S. 15.

[4]) Es stammt zwar aus einer Zeit vor der obigen constitutio, seine Aufnahme in die Dig. beweist aber seine Fortgeltung, trotz dieser constitutio.

gende Abmachung in gleichem Falle gültig ist: Der Schuldner schliesst mit dem Gläubiger einen bedingten Kaufvertrag über die Sache zum Schätzungswert ab, die Bedingung ist die Nichtzahlung der Schuld. Mit ihrem Eintritt soll der Gläubiger die Sache iure emptoris besitzen. Im grossen und ganzen ist es also der gleiche Erfolg, der bei beiden Abmachungen erreicht wird:[1]) das Pfand fällt mit Nichtzahlung des Kaufpreises ins Eigentum des Gläubigers. Und doch ist die zweite Art der Verwirklichung dieses Erfolges erlaubt, obgleich sie doch gerade offenbar zur Umgehung des ersten Verbotes erdacht ist. Ebenso in folgendem Falle:[2]) Die Veräusserung des Niessbrauchrechts ausser an den Eigentümer ist unwirksam, nihil agitur. Dieses Hindernis weiss aber Pomponius so gut wie zu beseitigen[3]), indem er „remedii loco" Vermietung des usus fructus oder noch besser venditio nummo uno in der Weise empfiehlt, dass zwar das Recht beim Usufructuar verbleibt, die Ausübung des Rechts aber dauernd auf den Käufer übergeht. Auch hier wird der auf dem einen Wege unwirksame Erfolg auf einem anderen erreicht, ohne dass dies als ein agere in fraudem legis angesehen wird, obgleich es, wie der Jurist ja ganz offen sagt[4]), als ein remedium zur Umgehung des unwirksamen Weges angestellt

[1]) Nur im grossen und ganzen, denn die Klausel „zum Schätzungswert" beseitigt die Hauptgefahr für den Schuldner. Siehe Barthelmes „Das Handeln in fraudem legis", S. 15, vgl. aber l. 81 D. 18, 1, wo diese Klausel nicht erwähnt ist. Vgl. Buetow „Die Sicherungsübereignungen", S. 29. Leist, „Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien", S. 87.

[2]) Vgl. Hellwig „Im Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 64, S. 370. Barthelmes, „Das Handeln in fraudem legis", S. 15. § 3 Inst. 2, 4.

[3]) l. 66 D. 23, 3.

[4]) Vgl. l. 11 § 2 D. 20. 1. Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts", S. 1042. Seufferts Archiv, Bd. 35 S. 274.

ist. Wie verhalten sich diese beiden letzten Fälle[1]) zu dem ersten? Der Vergleich zwingt uns zu dem Satze[2]): Es gibt Gesetze, welche einen Erfolg[3]) um seiner selbst willen für unwirksam erklären und mit ihm alle Wege, die je zu ihm führen könnten, und es gibt Gesetze, die nur einem bestimmten Wege zu einem Erfolge wegen irgend welcher Gefährlichkeit oder Verwerflichkeit dieses einen Weges gerade die rechtliche Wirksamkeit nehmen. In letzterem Falle können die Kontrahenten auf jedem anderen Wege den gleichen Erfolg erreichen, ohne Unwirksamkeit befürchten zu müssen.

Da nun diese Unterscheidung unter den zwingenden Gesetzen von so grosser praktischer Bedeutung ist, so könnte man eigentlich erwarten, dass jedes zwingende Gesetz deutlich ausspricht, ob es einen ganzen Rechtserfolg oder nur einen Weg dazu verlegen will. Das geschieht aber selten. Meistens vielmehr stellen sich auch die einen Erfolg ausschliessenden Gesetze nur als solche dar, die nur einen oder einige bestimmte Wege zu diesem Erfolge verlegen und zwar sind dies diejenigen Wege, die der Gesetzgeber als die typischen und im Leben üblichsten erkannt hat.[4]) Diese verlegt er, und damit meint er den Erfolg als solchen getroffen zu

[1]) Ein anderes Beispiel hierzu in Kohler, „Iherings Jahrbücher", Bd. 16 S. 145.

[2]) Vgl. reg. 94 in VI [illegible], 5, 12; Bähr, „Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen", S. 57. Hellwig im „Archiv für die ziv. Praxis", Bd. 64 S. 370. Kohler in „Iherings Jahrbüchern", Bd. 16 S. 144. Dernburg, „Pandekten", Bd. 1 § 31. Linckelmann im „Archiv für bürg. Recht", Bd. 7, S. 217.

[3]) Ueber die Frage, ob man im Prinzip zu sagen hat „Wirtschaftlicher" (Bähr, „Urteile des Reichsgerichts", S. 57) oder materieller Rechtserfolg" (Endemann, „Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht", S. 26 A. 1, Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 87) unten S. 35 f.

[4]) Vgl. Hellwig im „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 64 S. 370. Bähr, „Urteile des Reichsgerichtes", S. 57.

haben. Es bedeutet das eine Selbstüberschätzung des Gesetzgebers, der da glaubt, er könne die unbegrenzten Möglichkeiten dieses Lebens erschöpfen und alle Kunst vorausahnen, mit der es unbequeme Gesetze überlistet[1]). oder eine Kurzsichtigkeit, wenn er meint, der von ihm gemissbilligte Erfolg könne nur auf dem einen Wege erreicht werden. Und diese Mängel der gesetzgeberischen Einsicht rächen sich schwer, denn allein solche Gesetze, auf denen sie ihre Spuren zurückgelassen haben, sind dem agere in fraudem legis ausgesetzt. Allein hier ergibt es sich, dass der Sinn, die sententia des Gesetzes ein Mehr bedeutet gegenüber den verba, denn der Sinn geht auf Verhinderung des Erfolges, die verba nur auf die Verlegung einzelner Wege dazu, und dieses Mehr ist der Spielraum des fraus legi, wo sie auf die verba gestützt gegen die sententia handelt.

Fragen wir, wie nun bei diesen Gesetzen zu erkennen ist, ob ihr Sinn auf Verhinderung des weiteren oder engeren Erfolges geht, so ist dies die Frage, nach der Bekämpfung des in fraudem legis agere, wie weiter unten zu behandeln sein wird. Hier wollen wir nur sagen, dass wir es ablehnen in dieser Hinsicht mit irgendwelchen Praesumtionen etwa zugunsten eines beabsichtigten weiteren Erfolges zu arbeiten.[2]) Denn, da auch das den engeren Erfolg erstrebende Gesetz diese seine Richtung nur selten deutlich ausspricht, so würde eine solche Praesumtion zur Folge haben, dass alle, auch Gesetze der letzteren Art, in weiterem Sinne verstanden würden. Diese Wirkung wäre ganz verfehlt.

[1]) Vgl. Hellwig, „Archiv f. d. zivilistische Praxis", Bd. 64 S. 273.

[2]) Vgl. Eckartsberg, „Das Verhältnis des agere in fraudem legis zum simulierten und zum fiduziarischen Rechtsgeschäft", S. 8. Leist, „Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien", S. 90.

Es ergibt sich somit[1]), dass ein agere in fraudem legis begrifflich unmöglich ist, 1. bei solchen Gesetzen, die nur bestimmte Wege zu einem Erfolge verlegen wollen; man denke an die obigen Beispiele von der Veräusserung des Niesbrauchsrechts und der l. commissoria; 2. bei den Gesetzen, die einen ganzen Rechtserfolg ausschliessen wollen und dies auch aussprechen. Denn auch in diesem Falle liegt die Uebereinstimmung von verba und sententia vor. Auch für diesen Fall finden wir in der Codifikation Beispiele, besonders die des Titels 24,1. Meistens zwar findet man gerade in den Entscheidungen dieses Titels eine Fülle von Beispielen für das agere in fraudem legis[2]), dem können wir uns aber nicht anschliessen. Einmal spricht für uns die Tatsache, dass in diesem Titel der Ausdruck „in fraudem legis" nicht gebraucht wird. Es heisst hier immer nur, z. B. in l. 64, dass die donationes nec ullius momenti oder nullius momenti seien.[3]) Es sind eben alle diese Geschäfte contra legem, mag sich die Geschäftsabsicht verschleiern oder nicht.[4]) Es folgt dies aus der allgemeinen Fassung des Verbots jeglicher unentgeltlicher Zuwendungen zwischen Ehegatten. Ihr gegenüber war ein agere in fraudem legis einfach unmöglich. Der Jurist prüfte das wahre Wesen des Geschäfts und ergab sich als solches eine unentgeltliche Zuwendung, so konnte er direkt das Gesetz darauf anwenden[5]), gleichgültig, welche Form die Parteien für ihre Geschäftsabsicht gewählt hatten.

[1]) a. M. Barthelmes. „Das Handeln in fraudem legis", S. 13.

[2]) Vgl. Bähr, „Urteile des Reichsgerichts", S. 58. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 82 Anm. 14. Barthelmes, „Das Handeln in fraudem legis", S. 4. Hoffmann, „Der Begriff der Gesetzesumgehung", S. 28.

[3]) Vgl. l. 38 D. 18. 1.

[4]) Vgl. Linckelmann im „Archiv für bürg. Recht", Bd. 7 S. 218.

[5]) Vgl. Linckelmann a. a. O.

Damit haben wir den Kreis der Rechtssätze, denen gegenüber ein in fraudem legis agere möglich ist, umschrieben und fassen unsere Ansicht in dem Satze zusammen:

Ein in fraudem legis agere ist nur möglich bei zwingenden Rechtssätzen, deren Sinn sich auf einen materiellen Rechtserfolg, deren Worte dagegen sich nur auf einzelne Wege zu diesem Erfolge beziehen.

§ 5.

Wesen.

Nachdem wir das Objekt des agere in fraudem legis untersucht haben, schreiten wir zu dem bedeutungsvollsten Teil unseres Themas, zu der Frage, worin dieses agere in fraudem legis besteht.

Die beste Antwort darauf werden wir aus einer Reihe von Fällen schöpfen, wo die Juristen überall von agere in fraudem legis sprechen. Wir ordnen sie anfangs nach einigen öfter vorkommenden Methoden, ohne damit systematisieren zu wollen.

Schon der älteste Fall des agere in fraudem legis beruht auf einem oft wiederkehrenden Kunstgriff, auf der Verwendung einer interposita persona. Im Jahre 367 a. Chr. n. ging das licinisch-sextische Gesetz durch, das den Grundherren verbot, mehr als 500 Jugera zu besitzen. Daraufhin emanzipierte Licinius Stolo selbst seinen Sohn, um mit ihm seine 1000 Jugera zu teilen, so dass dem Wortlaut des Gesetzes Genüge geschah, während wirtschaftlich genommen, die 500 Jugera ihm nicht entfremdet wurden.[1]) Livius, der uns den Fall berichtet[2]), sagt von ihm „sua lege damnatus est". Und seine Methode fand Nachahmung. Sie wurde

[1]) Vgl. Pfaff. „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 11/12.
[2]) Livius, „historiarum ab urbe condita libri", lib. 7 c. 16.

überall da angewandt, wo einer bestimmten Personenklasse irgend eine Fähigkeit gesetzlich genommen war. Die römischen Wuchergesetze galten nur für cives Romani, somit schob man Bundesgenossen als Gläubiger dazwischen, die dann „libero foenore obruebant debitores".[1]) Die l. Aelia Sentia verbot noch nicht Zwanzigjährigen die Manumission ausser aufgrund iusta causa nach vorangegangener probatio apud consilium.[2]) Daraufhin manzipierte dieser den Sklaven, den er freilassen wollte, einem Freunde, der ihn dann frei liess[3]). Die l. Julia et Papia Poppaea mit ihren harten Caduzitätsbestimmungen war das Objekt, an dem auch die römischen Juristen ihren Scharfsinn erprobten, um sie auf jede Weise zu umgehen, „multas invenientibus vias, per quas caducum ne fieret"[4]). Auch für unseren Kunstgriff steuert sie uns ein Beispiel[5]) bei: Man setzte einen Sklaven eines Incapax zum Erben ein, der wurde von dem Incapax noch rechtzeitig vor dem Erbfall veräussert, natürlich zu einem in Rücksicht auf die an ihm haftende Erbanwartschaft recht hohen Preise, und so erhielt der Incapax doch de facto seinen Erbanteil. Hierher gehört auch der oben besprochene Fall zum senatus consultum Velleanum, l. 32 § 3 D. 16, 1, sowie der Fall aus c. 10 pr. C. 8,27.

Ein anderes besonders zur Umgehung der verhassten l. Julia et Papia Poppaea angewandtes Mittel war die Erbeinsetzung sub conditione[6]). Nach dem genannten Gesetze war die Bedingung „si non

[1]) Livius, „historiarum ab urbe condita libri", lib. 35 c. 7.
[2]) Vgl. Gaii, „Instit.", l. I. § 38.
[3]) l. VII § 1 D. 40, 9.
[4]) c. I § 1 C. VI, 51.
[5]) L. 82 D. 29, 2.
[6]) Vgl. Huschke in der „Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess", Bd. 14 S. 350 ff.

nubserit" bei einer Erbeinsetzung zu streichen. Dagegen war es giltig, das Unterlassen des Eheschlusses an einem bestimmten Ort, z. B. in Aricia oder mit einer bestimmten Person zur Bedingung der Einsetzung zu machen. Da benutzte nun ein Erblasser diese Form der Bedingung in einem Falle, wo die Erbin höchstwahrscheinlich nur in Aricia Aussicht auf Verheiratung hatte, diese an sich erlaubte Bedingung kommt also in ihrer Wirkung der verbotenen gleich, sie ist in fraudem legis.

Auf welchen zum Teil recht schwierigen Umwegen gerade dies Verbot der l. Papia Poppaea zu umgehen versucht wurde, zeigen Fälle, wie l. 79 § 4 D. 35, 1, l. 77 § 2 D. eod. l. 72 § 4 D. eod. l. 61 § 1 D, eod. Es war dem Testator verboten, von seinen Erben Verzicht auf die quarta Falcidia zu verlangen[1]), in l. 27 D. 35,2 setzt nun der Erblasser die Erben unter der Bedingung ein, dass sie versprechen, contentos se futuros tot aureis legis falcidiae beneficio omisso. Auf die Umgehung der Kaducitätsnormen geht der Testator in l. 7 Dig. 28,7 aus. Die Bedingung der Erbeinsetzung ist, dass sich die Erben verpflichten, die Legate auszuzahlen. Grade gegen diese Kaducitätsnormen ging man auf allen Umwegen vor. In l. 27 Dig. 22,3 erkennt der Testator einem Inkapax gegenüber eine Summe als Schuld an. Aehnlich in l. 37 § 6 D. de leg. III eine Summe als geschuldeten Dienstlehn. Man fasst nun meist diese beiden Stellen als Fälle des agere in fraudem legis auf, sie sind aber wohl, obgleich beide Stellen von fraus sprechen, doch als Fälle des dissimulierten contra legem agere aufzufassen. Denn, wie l. 88 § 10 D. de leg. II und l. 93 § 1 D. de leg. III beweisen, liess man, wenn die im Testament anerkannten Verpflichtungen nicht bewiesen werden

[1]) s. Nov. I c, 2.

konnten, diese als Fideikommisse gelten. Kannte nun der Testator die mangelnde Verpflichtung, so wollte er doch mit der Anerkennung im Testament nur den Schein einer Verpflichtung erwecken, um unter diesem Schein contra legem handeln, d. h. dem Inkapax ein Fideicommiss hinterlassen zu können. Es liegt somit hier ein dissimuliertes contra legem agere, kein in fraudem legis agere vor, die Quellen gebrauchen den Ausdruck in fraudem legis ja noch an anderer Stelle in weiterer Bedeutung[1]).

Das Ersetzen einer Kontraktsform durch die andere bot gleichfalls ein erwünschtes Mittel zur Umgehung des Gesetzes. Das senatus consultum Macedonianum gab eine exceptio gegen das Rückforderungsrecht aus einem Gelddarlehn an Hauskinder. Da verkaufte ein kluger Gläubiger dem Haussohn eine Sache, die dieser zu Gelde machte[2]), so erhielt er Geld in die Hand, und der Gläubiger hatte gegen ihn die actio empti, der die exceptio senatus consulti Macedoniani an sich nicht entgegenstand. Oder der Haussohn übernahm Bürgschaft für die Schuld eines anderen, der das Geld vom Gläubiger erhielt und natürlich dem Haussohn zukommen liess[3]), oder er ging zusammen mit einem Gewaltfreien eine Korrealschuld ein, dann hatte auch dieser die exceptio, damit er nicht aus dem Mandat gegen den Haussohn Regress nahm[4]). Die lex Anastasiana bestimmte[5]), dass der Käufer einer Forderung nicht mehr als den Kaufpreis vom Schuldner verlangen

[1]) l. 15 § 1 D. 5, 1 vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 70.

[2]) l. 3 § 3 D. 14, 6 vgl. Brinz, „Lehrbuch der Pandekten", Bd. II, 2 S. 486.

[3]) l. 7 pr. D. 14, 6; vgl. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 64.

[4]) l. 7 § 1 D. 14, 6 vgl. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 65.

[5]) c. 22 C. 4. 35.

konnte, dagegen berührte Uebergang durch Schenkung und Anderes die Forderung nicht, daher schenkte der Cedent den Teil der Forderung, der den Kaufpreis überstieg, dem Cessionar, um auf diese Weise die ganze Forderung aufrecht zu erhalten[1]).

Doch bewegt sich das agere in fraudem legis nicht nur in Methoden der eben dargestellten Art, vielmehr ist grade charakteristisch dafür die verschlagene Art, in der in einer dem einzelnen Gesetze angepassten Weise vorgegangen wurde.

Nach der lex Julia et Papia Poppaea hatte der Patron ein Pflichtteilsrecht am Nachlass des libertus, der mindestens hunderttausend Sesterzien hinterliess, dem sogenannten centenarius, wenn dieser weniger als drei Kinder hatte. Dieses Recht suchte der centenarius dadurch zu vernichten, dass er sein Vermögen durch Schenkungen unter hunderttausend Sesterzien herabminderte. Die Schenkungen, entscheidet Ulpian[2]), sind ungültig, non valet quod actum est, denn sie sind in fraudem legis. Interessant ist der Unterschied dieser Wirkung gegenüber dem Fall, dass der centenarius durch die Veräusserungen nicht minor centenario geworden ist, dann ist nicht in fraudem patroni gehandelt, die Veräusserungen sind gültig, können aber vom Patron mit der actio Faviana et Calvisiana angefochten werden.

Die lex Fufia Caninia beschränkte die Anzahl der testamentarischen Freilassungen. Das wurde praktisch so durchgeführt, dass von einer die zulässige Zahl übersteigenden Reihe von Freilassungen

[1]) c. 23 C. 4, 35.

[2]) l. 16 pr. D. 37, 14 vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 113. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 47.

die zuletzt geschriebenen gestrichen wurden[1]). Um nun die Durchführung dieser Vorschrift unmöglich zu machen, schreibt der Testator die Namen der freigelassenen Sklaven in einen Kreis, sodass sich nicht ermitteln lässt, welche zuletzt geschrieben sind. Das Gaius[2]) in dieser naiven Handlungsweise, deren Erfolglosigkeit sich der Testator doch selber sagen musste, eine fraus findet, wundert uns, es liegt doch eine offene Verletzung der lex Fufia Caninia vor, nur ihre Durchführung ist erschwert.

Wie zu allen Zeiten, so wurden auch in Rom die Wuchergesetze zu umgehen gesucht[3]). So berichtet Papinian von einem Fall, wo ein Verkäufer sich das duplum des Kaufpreises als Strafe ausbedungen hat für den Fall, dass bis zu einem bestimmten Termin der Kaufpreis nicht bezahlt wurde. Zwar ist der Wortlaut des Gesetzes nicht verletzt, es sind keine ungesetzlichen Zinsen bedungen, aber der wirtschaftliche Erfolg ist der gleiche, der Gläubiger erhält für die Kapitalüberlassung eine Vergütung, die das Gesetz als wucherlich missbilligt. Aehnlich die Fälle in c. § 1 C. 4,32 und c. 16 C. eod.

Aus der Mannigfaltigkeit der in diesen Fällen angewandten Methoden lässt sich nur ein einziges gemeinsames Moment entnehmen, das man darum als Begriff des agere in fraudem legis darstellen kann. Es ist das der versteckten Verletzung des Gesetzes seinem Sinne nach, ohne Verstoss gegen seinen Wortlaut[4]). Gerade dies letzte Begriffsmoment macht das Handeln zu einem versteckten.

---

[1]) Vgl. Gaii, „Institutiones", l. 1 §§ 42—46.

[2]) Gaii, „Institutiones", l. I § 46. Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 145. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Dig.", S. 72. Ihering, „Geist des röm. Rechts", Bd. III S. 268 Anm. 275.

[3]) Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 150.

[4]) Vgl. Neff, „Beiträge zur fraus legi facta in den Digesten", § 6.

Ueberall ist der Zweck des Handelns ein vom Gesetze gemissbilligter Erfolg, der aber nicht auf dem ausdrücklich verbotenen Wege zu erreichen gesucht wird, sondern auf einem anderen, an sich erlaubten. Darum ist in den meisten Fällen das Umgehungsgeschäft von dem verbotenen juristisch weit verschieden[1]). Der Kreis der zur Umgehung verwendbaren Rechtsformen wird gezogen durch das Verlangen der Parteien, durch die benutzte Rechtsform einen gleichen wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen, wie ihn die verbotene herbeigeführt hätte. Innerhalb dieses Kreises aber bedeutet jedes Erreichen des gleichen wirtschaftlichen Erfolges ein agere in fraudem legis. Wir stellen uns damit in einen Gegensatz zu Pfaff, der behauptet, manchmal richteten sich Rechtsnormen auch auf juristische Erfolge, dann sei erst mit Herstellung auch des juristischen Erfolges in fraudem legis gehandelt. Uns widerstrebt aber die Vorstellung von Rechtsnormen, die sich auf rein juristische Erfolge richten. Denn da das Recht für das Leben geschaffen wird, so werden sich wohl immer hinter den scheinbaren juristischen Erfolgen wirtschaftliche verbergen. Pfaffs Beispiel spricht hier für unsere Ansicht. Für eine Spielschuld des A. an den B. kann C. nicht bürgen, aber er kann dem B. die gleiche Summe schenken. Damit handelt er nicht in fraudem legis, nach Pfaff, weil er den vom Gesetz verpönten juristischen Erfolg nicht erfüllt, unseres Erachtens aber, weil er den vom Gesetz verpönten wirtschaftlichen Erfolg nicht erfüllt, denn zwischen Schenkung und Bürgschaft ist nicht nur juristisch sondern auch wirtschaftlich ein grosser Unterschied[2]). Und so wer-

[1]) Vgl. Hellwig im „Archiv für die civile Prayis", Bd. 64 S. 374. Baehr, „Urteile des Reichsgerichts", S. 59.

[2]) Vgl. Hoffmann, „Der Begriff der Gesetzesumgehung", S. 18.

den sich fast alle scheinbaren juristischen Erfolge als wirtschaftliche entpuppen, und wir können sagen, dass immer mit Erreichung des verpönten wirtschaftlichen Erfolges in fraudem legis gehandelt ist. Höchstens aus rein formalen Gründen könnte man besser mit Endemann[1]) an Stelle des wirtschaftlichen Erfolges von einem „materiellen Rechtserfolg" sprechen.

Meistens[2]) erfolgt das agere in fraudem legis dolos, d. h. die Parteien, denen ein Rechtssatz unbequem ist, interpretieren ihn in einer Weise, dass er ihr Handeln, das sie entsprechend gestaltet haben, nicht mit umfasst. So klammern sich in unseren Beispielen alle der in fraudem legis handelnden Personen an ein Wort in dem betreffenden Rechtssatz und sagen: dieser Begriff ist in dem von uns gesetzten Tatbestande nicht enthalten; so in l. 3 § 3 D. 14,6 an den Begriff der „mutus pecunia" und zwar unter Betonung des „mutua" dagegen in der später zu erwähnenden l. 7 § 3 D. eod. unter Betonung des „pecunia", in l. 32 § 3 D. 16,1 an den Begriff des „intercedere", in l. 7 D. 28,7 an den des „ex testamento capere u. s. w. Um aber einem in fraudem legis agere die Grundlage zu bieten, muss diese wörtliche Interpretation eine falsche sein, d. h. sie muss der mittelst extensiver Interpretation zu entwickelnden sententia des Rechtssatzes gegenüber zu eng sein. Auf Grund dieser Auslegung setzt nun der Handelnde den Tatbestand seiner Handlung derart, dass dieser nicht unter die verba fällt. Die falsche d. h. rein wörtliche Interpretation geht auch u. E. der Handlung immer voraus, damit bestreiten wir

[1]) Vgl. Endemann, „Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht", S. 26 Anm. 1.

[2]) Nicht, wie Pfaff a. a. O. S. 156/157 behauptet, immer, darüber s. u. § 8.

die Möglichkeit eines in fraudem legis agere[1]) nach vorherigem contra legem agere und setzen uns auch in einen gewissen Gegensatz zur lex non dubium, wo es heisst „qui se . . . excusat". Dieses excusat ist aber nicht unbedingt als dagegensprechend aufzufassen, die constitutio Theodosiana betrachtet eben den Handelnden erst nach der Tat, wo er, zur Rechenschaft gezogen, sich auf die falsche wörtliche Interpretation beruft[2]).

§ 6.

Abgrenzung.

Man hat sich aber nicht daran genügen lassen, eine Begriffsbestimmung des agere in fraudem legis aufzustellen, sondern hat schon seit jeher versucht, es zu klassifizieren. So findet sich schon in der glossa ordinaria des Accursius[3]) die Einteilung des agere in fraudem legis in 1. de re ad rem, 2. de persona ad personam, 3. de uno contractu ad alium contractum, 4 de uno contractu ad eundem contractum. Diese Einteilung ist später bedeutend vermehrt worden und hat in ihrer Aeusserlichkeit geringen Wert. Aber es ist wohl der gleiche Gedanke wie bei den Glossatoren, der Ihering[4]) zu der Frage veranlasst, „ob die Art, wie man hier . . . verfuhr, sich nicht auf eine gewisse Methode zurückführen lasse, ob nicht gewisse Kunstgriffe und Manipulationen sich überall wiederholen". Er selbst hebt allerdings aus der Fülle der Methoden nur zwei hervor, die interposita persona und das simulierte Geschäft. In Bezug auf letzteres ist zu bedenken, dass der Titel, unter dem er die beiden Arten zusammenstellt,

[1]) Vgl. Thöl, „Einleitung ins deutsche Privatrecht", Bd. I S. 159. Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 60 und 161.
[2]) Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 134.
[3]) Accursius ad legem 29, D. 1, 3 g.
[4]) Ihering, „Geist des römischen Rechts", Bd. III S. 266.

„Schleichwege des Lebens" lautet, zu diesem ist auch das simulierte Geschäft zu rechnen, während es von dem in fraudem legis abgeschlossenen Geschäft scharf zu scheiden ist (s. u.). In der neueren Literatur sind dann noch einige Versuche gemacht worden, das agere in fraudem legis einzuteilen. Die Grundlage bildet die Einteilung Thöls. Thöl unterscheidet[1]) zwei Arten der Umgehung: „Sie geschieht entweder durch falsche Auslegung des Rechtssatzes oder durch Verheimlichung oder Entstellung des Tatbestandes." Auf dieser Einteilung baut Unger[2]) auf, wenn er neben diesen beiden Fällen auch noch einen dritten unterscheidet: „durch Verschweigung eines Umstandes, der eine Handlung hindern würde, durch Vorgeben eines Umstandes, ohne den ein Rechtsgeschäft nicht geschlossen werden kann."

Gegenüber diesen Einteilungen ist zu sagen: Beide verfallen in den alten Fehler, unter dem die Lehre von der Gesetzesumgehung stets zu leiden hatte. Die zweite und dritte Kategorie ihres „agere in fraudem legis" sind in Wahrheit Fälle von Simulation. Seit jeher waren die Begriffe Simulation und agere in fraudem legis in der Literatur nicht genau geschieden. Schon in der Glosse des Accursius zu l. 29. D, 1,3 Note g. werden beide vermengt, es heisst dort „si vir volens uxori donare venditionem commentus in fraudem legis" und noch Savigny verfällt in diesen Fehler, wenn er sagt[3]): „Wir haben nicht das Gesetz zu interpretieren, welches ganz deutlich und zureichend ist, sondern die einzelne Handlung, wenden wir auf diese den Grundsatz der

[1]) Thöl, „Einleitung ins deutsche Privatrecht", Bd. I S. 159.

[2]) Unger, „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts", Bd. I S. 57.

[3]) Savigny, „System des heutigen römischen Rechts", Bd. I S. 323.

Simulation an . . . " Es ist das Verdienst Bähr's, in diese Frage Klarheit gebracht zu haben. Er sagt[1]): „Ein in fraudem legis abgeschlossenes Geschäft ist hiernach keineswegs etwa ein Scheingeschäft. Das Geschäft ist vollkommen ernst gemeint, man will es wirklich. . . . Ganz verschieden von einem in fraudem legis abgeschlossenen Geschäft ist aber ein simuliertes Geschäft." Dieser Gedanke kann u. E. nicht scharf genug betont werden. Von dem Begriff des agere in fraudem legis ist der der Simulation völlig verschieden, beide haben an sich nichts miteinander zu tun. Das Wesen der Simulation beruht auf der Divergenz zwischen Wille und Erklärung der Kontrahenten. Diese wollen entweder gar kein Geschäft oder sie wollen ein anderes Geschäft, es ist das dann der Fall der Simulation zum Zwecke der Dissimulation. In beiden Fällen ist das simulierte Geschäft mangels des erforderlichen Willens der Kontrahenten nichtig. Ob das dissimulierte Geschäft im zweiten Falle gültig ist, hängt davon ab, ob einmal alle seine Erfordernisse vorhanden sind, und dann, ob es nicht gegen eine Gesetzesvorschrift verstösst. Gerade das Bewusstsein der Kontrahenten, dass ihr wahres Geschäft gegen das Gesetz verstösst, wird ja oft zu seiner Dissimulierung durch ein erlaubtes simuliertes Geschäft führen. Hier ist der Punkt, wo sich das simulierte Geschäft mit dem in fraudem legis abgeschlossenen berührt. Auch das agere in fraudem legis will einen gesetzlich verpönten Erfolg auf versteckte Weise erreichen. Auch bei ihm besteht eine Dissimulierung, aber nicht im juristischen, sondern nur „im wirtschaftlichen Sinne" [2]). Diese Dissimu-

[1]) Bähr, „Urteile des Reichsgerichts", S. 59, ff. Vgl. Hellwig, „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 64 S. 374—376.

[2]) Vgl. Hellwig im „Archiv f. d. zivilistische Praxis", Bd. 64 S. 376.

lierung im wirtschaftlichen Sinne hat oft dazu geführt, den Willen der Parteien als nicht ernstlich aufzufassen. Diese Folgerung ist jedoch ganz verfehlt. Der grundlegende Unterschied zwischen agere in fraudem legis und Simulation liegt in dem verschieden gearteten Willen der Kontrahenten, der bei der Simulation auf etwas anderes als das Erklärte geht, während beim agere in fraudem legis Wille und Erklärung durchaus übereinstimmen. Die Rechtsordnung, die den Willen über die nichtgewollte Erklärung setzt, „plus valere, quod agitur quam quod simulate concipitur", verhält sich entsprechend, das Scheingeschäft bleibt nur der leere Schein eines Geschäfts, während beim agere in fraudem legis ein Rechtsgeschäft zustande kommt, dem aber die Rechtsordnung seine Gültigkeit abspricht, weil es gegen eines ihrer Gesetze verstösst.

Man hat nun gesagt: Ja, Simulation und agere in fraudem legis sind wesensverschieden, aber es besteht doch eine Beziehung zwischen ihnen, denn das simulierte vermittelt oft das Umgehungsgeschäft, „das dissimulierte Geschäft ist ein Mittel zum in fraudem legis agere[1]). Mag nun vielleicht der Ausdruck „Mittel" unglücklich gewählt sein, jedenfalls erweckt das den Anschein, als gehöre danach die Simulation in diesen Fällen zum in fraudem legis agere, als wäre es ohne Simulation contra legem oder überhaupt unmöglich. Demgegenüber wollen wir betonen, dass auch in diesen Fällen das in fraudem legis agere und die Simulation völlig selbständig nebeneinander stehen, dass also auch die wirklich geschehene Handlung in fraudem legis sein muss, auch wenn man sich die Simulation hinwegdenkt. Damit ist zugleich gesagt, dass Simulation und agere

[1]) Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 91, 51.

in fraudem legis zusammen vorkommen, aber dass sie so oft vorkommen, wie Pfaff[1]) annimmt, möchten wir nicht glauben. Denn wenn, wie Pfaff ja selber sagt[2]), jedes agere in fraudem legis etwas enthält, nämlich „den Schein, korrekt vorgegangen zu sein", warum werden dann die Parteien noch eine Simulation in Szene setzen, um das an sich korrekte Geschäft noch weiter zu verdecken? Es müssten das übervorsichtige Leute sein, die im Gefühl, „ich handle doch unrecht", ihrem Tun noch ein Mäntelchen umhängen.

Dieser Gedankengang erklärt uns die Tatsache, dass uns kein einziger Fall bekannt ist, in dem das in fraudem legis abgeschlossene Geschäft auch noch dissimuliert wurde. Die beiden Fälle, die Hellwig als Beispiele anführt[3]), sind es u. E. durchaus nicht. Im ersten, zum senatusconsultum Macedonianum, gibt ein Gläubiger, der weiss, dass die Worte des Senatusconsults nur die Hingabe von „mutua pecunia" verbieten, einem geldbedürftigen Haussohn „oleum, vinum, frumentum", das dieser leicht zu Gelde machen kann. Ulpian sagt[4]), die Worte des Senatusconsults gehen allerdings nur auf ‚numerata pecunia", aber sein Sinn geht weiter. es will verhindern, dass der Haussohn in Darlehnsform Geld in die Hand bekommt, und das bekommt er in unserem Falle auch. Somit „subveniendum est filiofamilias". Ein typischer Fall des agere in fraudem legis. Wo Hellwig da eine Simulaton sieht, ist uns unerklärlich. Wieder anders steht es in dem zweiten von ihm zitierten Fall l. 5. principium D. 24,1. Abgesehen davon, dass wir nach unseren oben entwickelten An-

[1]) Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis". S. 91 ff.
[2]) Pfaff a. a. O. S. 158.
[3]) Hellwig, „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 64 S. 376.
[4]) l. 17, § 3. D. 14, 6.

schauungen in keinem Fall des Titels D. 24,1 ein agere in fraudem legis, sondern überall nur ein contra legem agere annehmen, können wir auch hier keine Simulation finden. Es ist ein Fall, wo man ein offenes contra legem agere annehmen müsste, selbst wenn man ein agere in fraudem legis gegenüber dem Verbot der donationes inter virum et uxorem für möglich hielte. Ein Bräutigam will seiner Braut etwas schenken. Das ist an sich erlaubt und gültig, er übergibt die Sache dem Titius, ut is sponsae daret. Die Ehe wird geschlossen und erst jetzt übergibt Titius die Sache der Ehefrau. Ist die Schenkung gültig? Der Jurist entscheidet: Ist Titius Vertreter des Ehemannes, so wird die Schenkung erst mit Uebergabe an die Frau, also während der Ehe perfekt, sie ist ungültig, ist Titius aber Vertreter der Frau, so wird die donatio schon mit Uebergabe an ihn, also noch vor Eheschluss, perfekt, sie ist gültig. Die Ansicht Hellwigs, dass hier ein in fraudem legis agere vorliege, beruht offenbar darauf, dass er in Titius eine interposita persona sieht, dass er also interponere mit „jemanden vorschieben" übersetzt. U. E. aber erklärt sich die Sache viel einfacher, wenn man interponere in seiner üblichen Bedeutung „zum Vertreter bestellen" nimmt. Da die Römer bekanntlich direkte Stellvertretung im Besitz kannten[1]), so hat Titius, wenn er Vertreter der Ehefrau ist, schon vor dem Eheschluss den Besitz für sie erworben, darum ist die Schenkung gültig. Ist aber Titius Vertreter des Ehemannes, dann ist die Uebergabe der Sache an Titius etwas ganz Bedeutungsloses, die Vollziehung der Schenkung erfolgt erst mit Uebergabe an die Frau, nach dem Eheschluss und sie ist somit contra legem. Eine Simulation können wir aber auch hier nicht entdecken.

[1]) Vgl. Dernburg, „Pandekten", Bd. I S. 419.

Wenn wir uns einen solchen Fall des Zusammentreffens von in fraudem legis agere und Simulation konstruieren wollen, so wäre es etwa folgender: Wenn in dem obigen Beispiel aus l. 7, § 3. D. 14,6, Gläubiger und Haussohn in dem Gefühl, doch gegen die sententia des senatusconsultum Macedonianum zu verstossen, ihren Darlehnsvertrag als einen Kaufvertrag ausgeben, dann liegt ein agere in fraudem legis mit Simulation vor. Dann hat der Richter zuerst die Simulation abzustreifen und das zutage tretende Geschäft zu untersuchen, ob es contra legem ist oder in fraudem legis[1]). Wir fassen unsere Ansicht zusammen: agere in fraudem legis und Simulation sind wesensverschieden, sie kommen nur selten zusammen vor.

Damit haben wir schon eine Abgrenzung des Begriffes des agere in fraudem legis nach einer wichtigen Seite hin vollzogen. Es wird unseren Begriff noch klarer stellen, wenn wir ihn auch noch anderen Begriffen gegenüber abgrenzen, mit denen er sich berührt:

In erster Reihe kommt dabei der Begriff des „fiduziarischen Geschäfts" in Betracht. Regelsberger, der diesen Ausdruck im Anschluss an die Quellen geprägt hat, kennzeichnet die Eigenart des fiduziarischen Geschäfts folgendermassen[2]): „Charakteristisch ist für dasselbe das Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel. Zur Erreichung eines bestimmten Erfolges wird eine Rechtsform gewählt, welche mehr gewährt, als zur Erzielung jenes Erfolges erforderlich ist; zur Sicherung des Gebrauchs wird die Möglichkeit des Missbrauchs in den Kauf

[1]) Vgl. Hellwig im „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 64 S. 376.

[2]) Regelsberger im „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 63 S. 173.

genommen". Aehnlich sagt Lang[1]): „Das fiduziarische Geschäft ist ein Rechtsgeschäft, welches über den beabsichtigten Zweck hinausgeht." Nach Goltz[2]) besteht es aus einem positiv-dinglichen und einem negatorisch-obligatorischen Vertrage. Dagegen lässt sich nicht sagen, dass die Rechtsfolgen des Geschäfts über den Willen der Parteien hinausgehen. Es geschieht dies nicht mehr als bei jedem Rechtsgeschäft[3]), allerdings besteht aber eine Divergenz zwischen Rechtsfolgen und dem von den Parteien verfolgten Zweck[4]). Es ist nun auch wohl allgemein anerkannt, dass durch den negatorisch-obligatorischen Vertrag nichts an der Vollgültigkeit des dinglichen geändert wird. Eine andere Ansicht würde die Zwittergestalt „relativer dinglicher Rechte[5])" schaffen. Dieses fiduziarische Geschäft berührt sich in vielen Punkten mit dem agere in fraudem legis. Im Gegensatz zur Simulation ist beiden gemeinsam, dass Wille und Erklärung der Parteien vollkommen übereinstimmen; aber auch ihr eigentliches Charakteristikum haben sie gemeinsam: beiden eigentümlich ist das Verwenden der von der Rechtsordnung dargebotenen Rechtsformen zu Zwecken, zu denen diese nicht bestimmt sind, sodass ihr Vorgehen auf den ersten Blick ihren Zweck nicht erkennen lässt. Der einzige grundlegende Unterschied zwischen ihnen ist der, dass der von dem fiduziarischen Geschäft bezweckte Erfolg ein erlaubter ist, während der Zweck des agere in fraudem legis von der Rechtsordnung gemissbilligt wird.

[1]) Lang „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 83 S. 336.

[2]) Goltz, „Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts", S. 12.

[3]) Kohler in „Iherings Jahrbüchern", Bd. 16 S. 332.

[4]) Vgl. Goltz, „Das fiduziarische Rechtsgeschäft", S. 14.

[5]) Endemann, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts", Bd. I, § 62, Anm. 25.

Doch ist nicht das fiduziarische Geschäft sonst mit dem agere in fraudem legis ganz identisch. Ein gewisser Unterschied liegt wohl auch noch darin, dass das Mittel des fiduziarischen Geschäfts stärkere Macht verleiht, als es der wirtschaftliche Zweck der Parteien ist, während beim agere in fraudem legis Mittel und Zweck oft so verschieden ist, dass man sie überhaupt nicht miteinander vergleichen kann, jedenfalls also das bei dem fiduziarischen Geschäft übliche Missverhältnis von Mittel und Zweck nicht notwendig vorzuliegen braucht[1]).

Während nach dieser Richtung hin eine Abgrenzung des agere in fraudem legis noch möglich erscheint, wird sie nach anderen Seiten hin immer schwieriger. Wir sprachen schon in unserer Einleitung davon, dass wirtschaftlich berechtigtes agere in fraudem legis zur Bildung von Gewohnheitsrecht geführt habe. Wann wir es nun in so einem Falle noch mit agere in fraudem legis[2]) und wann mit Gesetzesrecht derogierendem Gewohnheitsrecht zu tun haben, diese Frage ist die Frage nach der Bildung von Gewohnheitsrecht überhaupt. Einen Ansatz zur Bildung von solchem Gewohnheitsrecht finden wir bei Cicero[3]): Durch die lex Voconia wurde bestimmt: „mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est . . . heres institui non potest[4])". Nun hat Q.

[1]) Vgl. Regelsberger in „Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts", Bd. II S. 410.

[2]) Vgl. Regelsberger in „Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts", Bd. II S. 411. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 73.

[3]) Cicero, „de finibus bonorum et malorum", l. 2, c. 17.

[4]) Gaii, „Institutiones", l. 2. § 274.

Fadius Gallus den P. Sextilius Rufus zum Erben eingesetzt, zugleich aber gesagt, er habe ihn gebeten, die Erbschaft an seine (des Rufus) Tochter herauszugeben, er wollte also das Verbot der lex Voconia durch ein Fideikommiss, das damals noch nicht gesetzlich anerkannt war, umgehen[1]). Als nun Rufus die Erbschaft entgegen der Bitte des Erblassers behielt, indem er sich in schlauer Weise auf den strikten Rechtsstandpunkt stellte[2]), wurde sein Handeln nach Cicero[3]) von allen, „qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponerent", verurteilt. Wir haben also hier schon einen Ansatz von Entwicklung eines agere in fraudem legis zu Gewohnheitsrecht, die weitere gewohnheitsrechtliche Entwicklung wurde überflüssig dadurch, dass unter Augustus die Fideikommisse gesetzlich anerkannt wurden, so berichtet Gaius[4]): „tamen fideicommisso sibi relictam hereditatem capere potest."

Deutlicher zu trennen ist das agere in fraudem legis von dem sog. „Gesetzesmissbrauch"[5]), der „fraudulösen Benutzung". Diese Handlungsweise kommt meist zusammen mit dem agere in fraudem legis vor[6]), missbraucht ist dann der Rechtssatz, dessen sich die Parteien zur Umgehung bedienen. Jedoch kommt der Gesetzesmissbrauch auch allein vor. Sueton berichtet von einem Fall[7]). Ein Senatusconsult bestrafte denjenigen Freien, der auf der Bühne oder in der Arena auftrat. Um nun diese

[1]) Vgl. Huschke in der „Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess", Bd. 14. S. 348, Anm. 2.

[2]) Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 121.

[3]) Cicero, a. a. O.

[4]) Gaius, „Institutiones", Bd. I, § 274 i. f.

[5]) Ihering, „Geist des röm. Rechts", Bd. I S. 257.

[6]) Pfaff, „Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere", S. 158.

[7]) Suetonius, „Tiberius", c. 35.

Strafe zu vermeiden, liess man eine actio famosa gegen sich anstellen, wurde dadurch infam und konnte nunmehr ungestraft auftreten. Auch noch von anderen Fällen spricht Sueton[1]). Diese Art wird manchmal auch als agere in fraudem legis bezeichnet[2]), doch teilen wir diese Ansicht nicht, es wird hier wohl meist ein dissimuliertes contra legem agere vorliegen[3]), ist aber der Tatbestand des Gesetzes ernsthaft herbeigeführt, wie in dem Falle der Frauen, die sich zu den Dirnenlisten anmeldeten, um vor den Unzuchtgesetzen sicher zu sein[4]), dann haben wir es mit dem zu tun, was Huschke[5]) „Vereiteln" des Gesetzes nennt, und wofür er Beispiele aus der l. furia testamentaria und l. Voconia bringt. Hierüber sagt Pfaff mit Recht[6]): „Das ursprüngliche Gebot oder Verbot reicht nicht aus, d. h. reicht nicht bis hierher." Hier können nur neue Gesetze helfen.

Die Reaktion des Rechts.

§ 7.

Die Streitfrage.

Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, dass das agere in fraudem legis nicht von Erfolg gekrönt sein darf. Treffend sagt Kohler[7]): „Das Gesetz würde sich selbst zur Ohnmacht verdammen, wenn es das, was es verbietet, unter der Maske eines anscheinend unschädlichen und nur legitime Zwecke verfolgenden Rechtsgeschäfts geschehen liesse."

[1]) Suetonius, a. a. O. Vgl. Ihering, „Geist des röm. Rechts", Bd. 3 S. 258.

[2]) Vgl. Hoffmann, „Der Begriff der Gesetzesumgehung", S. 17.

[3]) Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere", S. 159.

[4]) Ihering, „Geist des röm. Rechts", S. 258.

[5]) Huschke in der „Zeitschrift für Civilrecht und Prozess", Bd. 14 S. 350.

[6]) Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 160.

[7]) Kohler in „Iherings Jahrbüchern", Bd. 16 S. 147.

Die Waffe im Kampfe gegen das agere in fraudem legis ergibt sich aber für das Recht aus dem Wesen dieser Handlungsweise selbst. Wir haben sie oben charakterisiert als versteckte Verletzung des Gesetzes seinem Sinne nach ohne Verstoss gegen seinen Wortlaut. Nun ist aber für jede entwickelte Rechtsordnung der erkennbare Sinn des Gesetzes, wie ihn die Auslegung feststellt, das Massgebende. Erst das ausgelegte Gesetz ist das „Gesetz", wie es dem Leben gegenüber tritt[1]), die Auslegung selbst ist nur eine interne Angelegenheit des Richters. Da nun die Auslegung den Sinn des Gesetzes entwickelt, dieser Sinn des Gesetzes aber vom agere in fraudem legis verletzt wird, so stellt damit die Auslegung klar, dass das agere in fraudem legis „das Gesetz" verletzt, die Auslegung ist also die Waffe des Rechts im Kampfe gegen das agere in fraudem legis, sie unterwirft es den Folgen des umgangenen Gesetzes[2]). Es wäre damit das agere in fraudem legis bezeichnet als ein agere contra legem, das sich nur dadurch auszeichnet, dass es dem kurzsichtig am

[1]) Danz, „Auslegung der Rechtsgeschäfte", S. 139.

[2]) Damit bestreiten wir die Möglichkeit, dass ein wahres agere in fraudem legis andere Folgen nach sich ziehen könne, als das offene contra legem agere gegenüber dem gleichen Gesetz. Für diese Möglichkeit wird meist eine Art der Umgehung der Kapazitätsnormen der l. Julia et Papia Poppaea als Beispiel angeführt, das tacitum fideicommissum. Die l. Julia et Pap. Poppaea verbot, dass incapaces durch Testament über eine gewisse Quote oder überhaupt etwas erhalten sollten. Wurde diesem Verbot offen zuwidergehandelt durch Erbeinsetzung u. a. ähnliches, so verblieb der Teil des incapax den Erben, geschah dies aber in fraudem legis durch ein tacitum fideicommissum an einen Erben, so verlor dieser das Recht auf Abzug der quarta Falcidia und der Fiskus eripierte den Teil des incapax. Wie aber schon Neff („Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta", S. 33 u. 35) nachgewiesen hat, ging diesen Bestimmungen ein Verbot der tacita fideicommissa voraus. Damit wurden diese aus einem in fraudem legis agere zu einem contra legem agere. Sie können also nicht gegen unsere Ansicht angeführt werden.

Gesetzeswort hängenden Laien oder auch dem Juristen, den „die stille Renitenz gegen den Gedanken des Gesetzes" erfüllt[1])", nicht als ein solches erschiene. Es wäre somit selbstverständliche Auslegung des Gesetzes, wenn man das Gesetz auf die Umgehungstatbestände anwandte[2]). Dieser Satz ist aber in der Literatur mindestens für das römische Recht nicht unbestritten. Es wird nämlich behauptet[3]), diese Unterwerfung der Gesetzesumgehung unter das umgangene Gesetz wäre nicht etwas Selbstverständliches, sondern beruhe auf einer besonderen Norm, durch die ausgesprochen sei, dass das agere in fraudem legis dem agere contra legem gleich zu behandeln sei. Diese Ansicht sieht also in dem agere in fraudem legis eine besondere Form des Zuwiderhandelns gegen die Gesetze[4]). Diese Form besteht einmal aus dem ebendargestellten versteckten Zuwiderhandeln gegen die sententia salvis verbis legis, dann aber aus einem besonderen Bestandteil, der für sie charakteristisch ist und sie scharf vom agere contra legem unterscheidet, der fraus, der hier die Bedeutung von „beabsichtigter Umgehung" beigelegt wird[5]). Eine Gesetzesumgehung fällt danach nur dann unter das umgangene Gesetz, wenn die Parteien die Absicht hatten, das

[1]) Bähr, „Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Bd. 32 S. 369.

[2]) Vgl. Neff, „Beiträge zur fraus legi facta in den Digesten", S. 14.

[3]) Pfaff, „Zur Lshre vom sog. agere in fraudem legis", S. 161. Barthelmes, „Das Handeln in fraudem legis", § 9. Bähr, „Urteile des Reichsgerichts", S. 57. Hellwig im „Archiv für die ziv. Praxis", Bd. 64 S. 371.

[4]) Es wird von den Gegnern behauptet, sie schaffe damit ein besonderes „Rechtsinstitut". Der Ausdruck ist wohl aber verfehlt. Unter einem Rechtsinstitut versteht man den Inbegriff der Normen, die ein Rechtsverhältnis regeln. Ein Handeln kann niemals ein Rechtsinstitut sein. am allerwenigsten ein Zuwiderhandeln gegen das Gesetz.

[5]) Vgl. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta", S. 18.

Gesetz zu umgehen[1]). Es läge in der Unterwerfung unter das Gesetz dann eine Massregel, die einen gewissen Strafcharakter in sich trüge[2]).

Wir messen nun dem ersten Satze dieser Ansicht nicht so eine prinzipielle Bedeutung bei, wie dies sonst meist geschieht, dem ersten Satz, der da sagt, dass das agere in fraudem legis nur auf Grund einer positiven Anordnung gleich dem agere contra legem unter den betreffenden Rechtssatz fällt. Denn, ob man mit der entgegengesetzten Ansicht die Unterordnung des agere in fraudem legis als selbstverständliche Sache der Auslegung betrachtet oder ob man dies nur auf Grund positiver Vorschrift eintreten lässt, diese Vorschrift aber, wie die meisten Vertreter dieser Ansicht, als allgemeines Rechtsprinzip in jeder vorgeschritteneren Rechtsordnung auch unausgesprochen sieht[3]), das kommt schliesslich in der Konsequenz auf das gleiche hinaus. Trotzdem müssen wir uns, wenn es sich um die Frage handelt, welche dieser beiden Ansichten richtig ist, ganz entschieden auf die Seite derer stellen, die in der Unterwerfung des agere in fraudem legis unter das umgangene Gesetz eine selbstverständliche Funktion der extensiven Interpretation sehen. Diese Ansicht ist schon oben begründet worden.

Es ist allerdings verständlich, wie gerade diejenigen, die die Lehre vom agere in fraudem legis auf Grund des Quellenmaterials aufstellten, zur Annahme eines besonderen Rechtssatzes des oben gekennzeichneten Inhalts gedrängt wurden. Denn sie fanden in den Quellen Hinweise darauf, dass die Umgehung nur als beabsichtigte dem umgangenen

[1]) Vgl. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", § 11. Barthelmes, „Das Handeln in fraudem legis", § 3.

[2]) Vgl. Buetow, „Die Sicherungsübereignung", S. 32.

[3]) Vgl. Binder in der „Deutschen Juristenztg.", Jahrg. 1905 S. 998.

Gesetze unterfällt. Es wäre aber unmöglich gewesen, diesen Umgehungsdolus in die Lehre von der Auslegung mit hinein zu nehmen, also etwa zu sagen: „Das Gesetz, extensiv interpretiert, erstreckt sich nur auf die dolos gegen die sententia verstossenden Tatbestände." Denn die Auslegung entwickelt nur den gewollten Tatbestand des Gesetzes, in einem gesetzlichen Tatbestand kann aber nicht das Moment des Umgehungsdolus stehen[1]). Stellte man aber einen Rechtssatz wie den obigen auf, so konnte man ganz gut den Umgehungsdolus darin aufnehmen und sagen: „dem Gesetze unterworfen sind auch die Tatbestände, die zum Zwecke seiner Umgehung absichtlich gesetzt sind." Da wir aber auf Grund des oben dargestellten Gedankenganges auch für das römische Recht überzeugt sind, dass die Unterwerfung des agere in fraudem legis eine selbstverständliche Funktion der Auslegung ist, so müssen wir uns zur Aufrechterhaltung dieser Ansicht gegenüber den Quellen mit der gegnerischen Behauptung auseinandersetzen, dass die Gleichstellung des agere contra legem mit dem agere in fraudem legis sich nur auf die Fälle beabsichtigter Umgehung beziehe, dass also fraus in den Quellen dolose Gesetzesumgehung bedeute.

§ 8.

Die fraus.

Aus dem Sprachgebrauch des Wortes fraus, so interessant er sonst sein mag, ist für unsere Frage nicht viel zu gewinnen. Ursprünglich war zweifellos die Bedeutung des Wortes „Nachteil", „Schaden". Es gehört aber zu den Worten, die einen

[1]) Vgl. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 18.

Wechsel ihrer Bedeutung durchgemacht haben, wann, das steht nicht fest. Eine Ansicht[1]) sagt in der Kaiserzeit, die andere[2]), schon in der republikanischen Zeit: fraus tritt uns von da an auch in der Bedeutung von Betrug, Hinterlist entgegen. Im corp. iuris finden wir nun das Wort in beiden Bedeutungen verwandt, zum Teil ist auf Grund von Missverständnissen einer Wortverbindung der älteren Zeit die neue Bedeutung untergelegt[3]), jedenfalls steht wohl fest, dass in dem Ausdruck „in fraudem legis facere" fraus Nachteil bedeutet, also etwas, was an sich durchaus noch keinen Schluss zulässt auf Absichtlichkeit oder Unabsichtlichkeit des Vorgehens[4]). Auch das Verhältnis zwischen fraus und dolus ist nicht unstrittig, nach l. 7 § 10 D. 2,14 (inest enim dolo et fraus) müsste man dolus als den weiteren Begriff annehmen, das spräche für die Absicht als Begriffsmoment der fraus, ebenso wie in l. 79 D. 50,17, wo es heisst: „fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat sed ex consilio quoque desideretur." Wir können auf die hierin liegenden Fragen nicht eingehen und müssen uns mit der Tatsache begnügen, dass aus dem Sprachgebrauch ein sicherer Schluss auf die Art des Vorgehens beim agere in fraudem legis nicht gezogen werden kann.

Klarer lässt sich aber aus den Entscheidungen der Quellen nachweisen, dass sie Absichtlichkeit des Vorgehens nicht verlangen, um einen Tatbestand, der eine versteckte Gesetzesverletzung enthält, diesem Gesetz zu unterwerfen. Dagegen spricht nicht,

[1]) Moritz Voigt in den „Abhandl. der Kgl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften", Bd. 16 S. 117.

[2]) Pernice „M. Antistius Labeo, das röm. Privatrecht im I. Jahrhundert der Kaiserzeit", Bd. 2. S. 104.

[3]) Vgl. Moritz Voigt a. a. O.

[4]) M. Voigt, a. a. O. S. 118.

dass in vielen Stellen auch noch der Umgehungsdolus vorhanden ist, auch nicht, dass an vielen Stellen[1]) fraus in Verbindung mit die Absicht andeutenden Worten gebraucht ist. Wir werden vielmehr sagen müssen, dass im Leben die Umgehung eines Gesetzes meist beabsichtigt erfolgen wird, schon weil sie oft nur möglich ist, auf recht umständlichen Wegen, die nur der auf Umgehung Sinnende so zusammenstellen wird. Aber dann ist dieser Umgehungsdolus etwas, was für die Tatsache der Unterwerfung des agere in fraudem legis unter das Gesetz bedeutungslos ist, der Jurist stützt nur auf die Verletzung des Gesetzes seine Entscheidung[2]). So geschieht es in den Quellen.

Nach der lex Aelia Sentia verlor der Patron sein Patronatsrecht, der seine Freigelassene schwören liess, nicht zu heiraten. Doch erreichte ein Patron denselben Erfolg[3]), indem er sich von der Freigelassenen die Ehe versprechen liess, ohne die Absicht, je sie beim Wort zu halten. Der Erfolg ist der gleiche, denn in beiden Fällen wird die liberta „in perpetuam viduitatem" verurteilt[4]). Das wollte aber gerade die l. Aelia Sentia verhindern, obgleich ihre verba nur das Versprechen der Ehelosigkeit trafen; somit hat der Patron salvis verbis die sententia legis verletzt, er hat in fraudem legis gehandelt und der das Gesetz extensiv interpretierende Paulus unterwirft ihn diesem Gesetz. Offenbar hat hier der Patron den Umgehungsdolus gehabt, sonst wäre er nicht auf die seltsame Idee der Begründung eines Verlöbnisses ohne Eheschliessungsabsicht ge-

[1]) l. 15 § 1 D. 5, 1; Gaii „Inst.", lib I § 46; l. 3 § 3 D. 14, 6; l. 7 pr. D. eod; l. 40 pr. D. 49, 14; l. 29 § 1 D. 16, l.

[2]) Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta", S. 29 ff.

[3]) l. 6 § 3 D. 37, 14.

[4]) Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 112.

kommen, aber dieser Umgehungsdolus ist, wie wir sehen, für die Entscheidung des Paulus ganz irrelevant, er konstatiert die Gesetzesverletzung und entscheidet danach.

Ein Fall, wo gleichfalls die blosse Tatsache der versteckten Gesetzesverletzung zur Konstatierung der fraus genügt, ist der in l. 6 D. 47,6: Ein Miterbe ist bestohlen worden und hat mit der actio furti das Doppelte seines Schadens erlangt. Könnte jetzt auch der zweite Miterbe, der doch auch der „Bestohlene" ist, auf das duplum klagen, so würde „fraus edicto fieri". Hier ist Absicht der Gesetzesumgehung offenbar durchaus nicht vorausgesetzt, der objektive Erfolg wäre iniquum und darum geschähe damit fraus edicto.[1])

Deutlich spricht auch für die hier vertretene Ansicht die l. 32 § 3 D. 16,1: Die Frau hat einen anderen beauftragt, für einen Dritten zu intercedieren. Der Gläubiger hat diesen Umweg gewählt, um die Frau giltig zu verpflichten. Es liegt eine versteckte Verletzung des Senatusconsultum vor (s. o.), ausserdem der Umgehungsdolus, somit tritt die exceptio in Tätigkeit. Wäre nun der Umgehungsdolus wesentlicher Bestandteil der fraus, so müsste mit seinem Wegfall auch die fraus und mit ihr die exceptio senatusconsulti Velleani wegfallen[2]). Das geschieht aber nicht. Die frans und mit ihr die exceptio fallen nicht schon fort, wenn der Gläubiger nicht den Umgehungsdolus hat, sondern erst, wenn er überhaupt nicht weiss, dass eine Frau Mandantin des Interzedenten ist. Denn damit entfällt die Verletzung des Senatusconsults nach

[1]) Vgl. Lenel, „Das edictum perpetuum", S. 324. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 86. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 24 Anm.

[2]) Vgl. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 58.

dem Satze des Paulus[1]): „Immo tunc locus est senatus consulto, cum scit creditor eam intercedere". Hier wird es ganz besonders deutlich, dass für das Vorliegen der fraus der Umgehungsdolus bedeutungslos ist.

Aus diesen Quellenstellen ergibt sich aber auch, dass das Moment der Versteckheit, wenn es auch zum Begriff des agere in fraudem legis gehört, doch für seine Unterwerfung unter das umgangene Gesetz irrelevant ist. Denn ruht, wie oben dargestellt, die Entscheidung der Juristen lediglich auf dem Moment der Gesetzesverletzung, dann ist es gleichgiltig, ob diese offen, oder versteckt erfolgt[2]).

§ 9.

Ergebnis.

Bei diesem Resultat der Quellen fällt die letzte Stütze für die Anschauung, dass die Unterwerfung des agere in fraudem legis unter das umgangene Gesetz auf einem besonderen Rechtssatz beruhe, und wir fassen unsere Ansicht dahin zusammen:

das agere in fraudem legis, als Verletzung des richtig ausgelegten Gesetzes, fällt ohne weiteres unter das umgangene Gesetz.

Somit ist im Grunde die Frage des agere in fraudem legis eine Frage der Gesetzesauslegung in dem Sinne, dass es gilt die sententia, die voluntas des Gesetzes zu erforschen, gemäss dem bekannten Satze des Celsus[3]) „scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem".

[1]) l. 12 D. 16, 1.

[2]) Vgl. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 28.

[3]) l. 17 D. 1, 3.

Es würde den Rahmen unserer Aufgabe überschreiten, zu untersuchen, wie die Erforschung dieser sententia zu erfolgen hat. Hier soll nur eine gewisse Tendenz der Auslegung besondere Berücksichtigung finden, weil sie für die Auslegung zum Zwecke der Entlarvung einer Gesetzesumgehung von besonderer Bedeutung ist. Die Auslegung hat die Pflicht, nicht nur den Sinn des Gesetzes zu entwickeln, sondern dabei auch den Zweck des Gesetzes nicht aus dem Auge zu lassen. Das darf nicht dazu führen, dass man vom Gesichtspunkte des Zweckes des Gesetzes aus in dasselbe einen Sinn hineinlegt, der ihm fremd ist, aber doch muss die Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes bei seiner Auslegung eine Rolle spielen. So sagt Leonhard „Institutionen" S. 23: „Wo eine getroffene Anordnung sich als ein zu starkes oder zu schwaches Mittel zu der Erreichung eines Zweckes erweist, da handelt der Befehlsempfänger im Sinne des Anordnenden, wenn er die von ihm gedachte und erklärte Anordnung ihrem gleichfalls gedachten und erklärten Zwecke anpasst". Ebenso Danz „Auslegung der Rechtsgeschäfte" S. 140/141: „Weiter ist bei der Auslegung . . . . der Zweck, den das Gesetz verfolgt, zu berücksichtigen und dabei ist im Auge zu behalten, dass der Gesetzgeber, d. h. diejenigen unserer Mitbürger, denen gerade zur Aufstellung solcher Vorschriften die Befugnis zusteht, nichts anderes damit bezwecken, als die Lebensverhältnisse der Rechtsgenossen in einer möglichst den Bedürfnissen der Allgemeinheit entsprechenden Weise zu ordnen".

Wir werden weiter unten Gelegenheit haben, die Anwendung des hier entwickelten Grundsatzes an einem praktischen Falle zu beobachten.

Bisher haben wir bei der Erforschung der sententia legis immer nur von Auslegung gesprochen, hier ist noch die eine Frage zu erörtern, ob zu dieser Tätigkeit auch event. Analogie heranzuziehen wäre, ob also jemand in fraudem legis handelt, wenn er einen Erfolg erreichen will, dessen Missbilligung durch das Gesetz erst Analogie klarstellt. Aus den Quellen ist diese Frage schwer, ja unmöglich zu entscheiden, da die Römer zwischen Analogie und Auslegung nicht unterschieden[1]), bezeichnend dafür ist, dass sie den Ausdruck „interpretatio" für „jedes wissenschaftliche Verfahren" gebrauchten[2]).

Auch in der Literatur gehen die Ansichten darüber auseinander. Ein Teil[3]) spricht nur von der Auslegung, ein anderer nur von analoger Anwendung. U. E. darf man sich aber nicht auf eines von beiden hierbei beschränken, es würde das einen Unterschied von Analogie und Auslegung vom Gesichtspunkte des agere in fraudem legis voraussetzen. Der besteht aber nicht. Wie wir oben sahen, richtet sich das agere in fraudem legis gegen den Sinn, den Willen des Gesetzes. Die Darstellung dieses Willens des Gesetzes ist aber die Aufgabe sowohl der Auslegung wie der Analogie, nur Tätigkeitsfeld und Methode sind bei ihnen beiden verschieden[5]). Tätigkeitsfeld: die Auslegung ar-

[1]) Vgl. Savigny, „System des heutigen römischen Rechts", Bd. I, § 50. Anm. k § 36, Anm. k Regelsberger, „Pandekten", Bd. I. S. 141.

[2]) l. 64, § 1, D. 35, 1 vgl. Savigny a. a. O.

[3]) Thöl, „Einleitung in das deutsche Privatrecht", Bd. I S. 160. Kohler in „Iherings Jahrbüchern", Bd. 16 S. 144. Vangerow, „Lehrbuch der Pandekten", Bd. I S. 54. Barthelmes, „Das Handeln in fraudem legis", S. 14. Hölder, „Institutionen des römischen Rechts", S. 19. Endemann, „Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht", S. 126.

[4]) Vgl. Hölder, „Kommentar zum allgemeinen Teil des bürgerlichen Gesetzbuches", S. 20.

beitet an der positiven Bestimmung, die Analogie dort, wo eine solche fehlt. Und Methode: die Auslegung erforscht den tatsächlichen Willen des Gesetzes, die Analogie das Prinzip, das seinem Willen einmal die Richtung gegeben hat und folgert daraus seine konsequenterweise zu vermutende Willensrichtung für einen zweiten ähnlichen Tatbestand[1]). Darin aber, dass dem das Gesetz anwendenden Richter die Handhabung der Analogie allgemein zugestanden wird, liegt die Gleichstellung dieses zu vermutenden Willens des Gesetzes mit seinem ausdrücklichen. Beide, Auslegung und Analogie, entwickeln also den Willen des Gesetzes. Diesem Willen des Gesetzes gegenüber wird aber jedes agere in fraudem legis zum agere contra legem. Somit können wir sagen: Auslegung und Analogie sind die Waffen des Rechts in der Enthüllung der Gesetzesverletzung im Wesen des agere in fraudem legis.

Die Handhabung dieser Waffen stellt also klar, dass zwischen dem agere contra legem und dem in fraudem legis agere kein Wesensunterschied besteht, beide verstossen gegen das Gesetz, nur die Art des Vorgehens ist verschieden. Allein diese verschiedene Art des Vorgehens ist auch im römischen Recht das Moment, nach dem die römischen Juristen bei der Gesetzesverletzung zwischen agere contra legem und agere in fraudem legis unterscheiden, vielleicht spielt allerdings noch eine historische Reminiscenz hinein, aus der Zeit, da der am Gesetzeswort hängende Richter dem versteckten Vorgehen, das das agere in fraudem legis kennzeichnet, noch hilflos gegenüberstand, nur mit dem Gefühl, dass hier dem Gesetz ein „Schade geschah".

[1]) Vgl. Thöl, „Einleitung ins deutsche Privatrecht", Bd. I S. 155.

Damit fassen wir das Ergebnis unserer Untersuchungen zusammen und beantworten die erste Frage unseres Themas in folgender Weise:

Unter agere in fraudem legis versteht das römische Recht eine versteckte Verletzung eines zwingenden Rechtssatzes seinem Sinne nach ohne Verstoss gegen seinen Wortlaut.

§ 10.

Ist der Begriff noch praktisch?

Dieser Begriff, wie er aus den römischen Quellen zu entnehmen ist, ist auch in das gemeine Recht übergegangen und hat dort, vielfach missverstanden, ein recht unbeachtetes Dasein gefristet. Er wurde eigentlich erst wieder entdeckt von Bähr in seinen Besprechungen einiger Entscheidungen des Reichsgerichts und nun wandte auch die Theorie sich dem vernachlässigten Begriffe wieder zu. Bähr selbst betrachtete wohl das agere in fraudem legis als eine besondere Form des Zuwiderhandelns gegen die Gesetze[1]) und forderte darum von dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs eine ausdrückliche Bestimmung, die die Gesetzesumgehung dem umgangenen Gesetz unterwerfen sollte. Er sagt[2]): „Lässt nun das Gesetzbuch diese, in der Praxis ohnehin schon verkümmerte Lehre unberührt, so wird sie wahrscheinlich ganz von der Bildfläche verschwinden. Die Rechtsprechung wird damit eine geistige Stufe herabsteigen."

Diese Ansicht vertrat er auch in dem von ihm aufgestellten Gegenentwurf zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs. Unter dem Einfluss seiner Autorität wurde nun auch tatsächlich bei der zwei-

[1]) Vgl. Bähr, „Urteile des Reichsgerichts mit Besprechung", S. 57.

[2]) Bähr in der „Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Bd. 30 S. 331.

ten Lesung des Entwurfs ein entsprechender Antrag gestellt, die Protokolle berichten uns darüber folgendes[1]):

„Zu § 105 des Entwurfs lagen nachstehende Anträge vor:

1. .....
2. dem § 105 den Zusatz beizufügen: einem verbotenen Rechtsgeschäft ist auch ein solches Geschäft gleich zu achten, das in anderer Rechtsform den nämlichen Zweck erreichen will, dem das gesetzliche Verbot des erstgedachten Geschäfts entgegentritt (Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes, vgl. Bähr „Gegenentwurf" § 113).

Die Kommission beschloss die Annahme des Antrags zu 1. Auf die Abstimmung über den Antrag 2 wurde seitens des Antragstellers verzichtet. .....

Gegenüber dem Wunsche, die Nichtigkeit der sogen. „Umgehungsgeschäfte" im Gesetz ausdrücklich auszusprechen, wurde hervorgehoben, dass diesem Bedürfnisse, soweit es anerkannt werden könne, durch die erweiterte Fassung des § 105 hinlänglich Rechnung getragen sei. Weiter zu gehen und eine besondere Bestimmung etwa in der Richtung des Antrages 2 aufzunehmen, erscheine im hohen Grade bedenklich. Die Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft als in fraudem legis vorgenommen nichtig sei, hänge ab von der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der diesen Tatbestand erfasenden Norm. Man würde Gefahr laufen, dass eine Reihe erlaubter Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt werde, wenn man hier in die Auslegungsfreiheit des Richters eingreifen und diesem im Gesetz eine Direktive erteilen wollte."

[1]) Protok. der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerl. Gesetzbuchs, Bd. 1 S. 122/123.

So ist es gekommen, dass in das Bürgerliche Gesetzbuch keine ausdrückliche Bestimmung über die Gesetzesumgehung aufgenommen worden ist. Ist nun die Prophezeiung Bährs zur Wahrheit geworden, ist damit der Begriff der Gesetzesumgehung unserer Zeit verloren gegangen?

Der Begriff der Gesetzesumgehung, wie er ihn versteht, sicher. Denn sein Begriff bedarf ja, um bestehen zu bleiben, eines besonderen Rechtssatzes, der die Gesetzesumgehung der Gesetzesverletzung ausdrücklich gleichstellt. Und gibt es den nicht, so wird der Richter sich irgendwie helfen müssen. Entweder wird er, wie Binder behauptet[1]), die Fortgeltung dieses Satzes auch ohne besondere Sanktion durch das Gesetz annehmen in der Ueberzeugung, dass ein modernes Gesetzbuch nicht „die ausschliessliche Quelle des geltenden Rechts sei" und dass es unsere Aufgabe sei, Rechtssätze so allgemeiner Natur wie den hier behandelten aus dem Gesetz zu entwickeln. Schon diese Sätze scheinen uns höchst bedenklich, und ihre Verfehltheit wird deutlich, wenn wir sehen, dass Binder sie mit einem Hinweise auf das römische Recht begründet, das ja auch „den fraglichen Rechtssatz . . . nicht vorfand, sondern erst entwickeln musste(n)." Ein derartiger Hinweis beweist gerade das Gegenteil des Behaupteten. Die Stellung des römischen Juristen war doch von der des heutigen ganz verschieden. Der römische Jurist, am glänzendsten verkörpert im Prätor und in dem Rechtslehrer der sogenannten klassischen Zeit, hatte die Macht, das Recht nicht nur anzuwenden, sondern auch weiter zu entwickeln, ja er musste es, um die auf einfache Verhältnisse berechneten Normen dem komplizierteren der neuen Zeit anzupassen. So vereinte er in seiner Person mit

[1]) Binder in der „Deutschen Juristenzeitung", Jahrg. 1905 S. 998.

der Rechtsprechung gesetzgeberische Momente. Die fehlen dem heutigen Richter völlig, er hat nur unter Entfaltung aller Mittel juristischer Technik die Gesetze anzuwenden, ob er unbewusst sie entwickeln hilft, gehört nicht hierher[1]). Damit fällt die Ansicht Binders und damit die einzige Methode, in der man noch den für die Gesetzesumgehung im Sinne Bährs erforderlichen besonderen Rechtssatz im heutigen Recht nacheiswen könnte.

Da nun aber die Gesetzesumgehung im Leben tatsächlich vorkommt, und ihr entgegengetreten werden muss, so wird die Bährsche Theorie sie unter irgend welche andere Bestimmungen unterordnen müssen oder sie wird ihre kasuistische Unterdrückung durch das Gesetz fordern. Im ersteren Sinne sind die Versuche, die Gesetzesumgehung den §§ 134 oder 138 B.G.B. zu unterwerfen. Aber § 134 kann uns dazu überhaupt nicht nützen, einmal spricht er nur von gesetzlichem Verbot, während wir doch auch ein agere in fraudem legis gegenüber Geboten als möglich angenommen haben. Dann bestimmt er nur die Folge, die im Zweifel ein Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot nach sich zieht. Wann aber ein Verstoss vorliegt, darüber sagt er uns nichts, das hat eben die Auslegung des einzelnen betreffenden Verbotes zu ermitteln, dort liegt der Angriffspunkt gegen die Gesetzesumgehung, nicht in § 134.

Anders steht es mit § 138. Ihn gegenüber der Gesetzgebung in Anwendung zu bringen, wird meistens möglich und berechtigt sein; denn meistens wird die Gesetzesumgehung gegen die guten Sitten verstossen. Aber prinzipiell ihn als Handhabe gegen

[1]) Vgl. Kohler in „Iherings Jahrbüchern", Bd. 25 S. 289.

[2]) Vgl. Staudinger. „Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch", Bd. I, zu J 134.

die Gesetzesumgehung zu benutzen, unterliegt grossen Bedenken. Es kommt hierbei alles darauf an, wie man das Verhältnis des Gesetzes zu den „guten Sitten" auffasst. Wir verstehen unter „guten Sitten" den Inbegriff der im Volksbewusstsein herrschenden moralischen Anschauungen[1]). Wollte man annehmen, dass jede Gesetzesverletzung und Gesetzesumgehung gegen die guten Sitten verstosse, so würde man in Variierung eines bekannten Wortes sagen: „Das Gesetz ist das Minimum an guten Sitten, das der Staat von seinen Untertanen verlangt", man würde „Gesetz" für den inneren zweier konzentrischer Kreise nehmen, deren äusserer die „guten Sitten" wären. Diese Ansicht scheitert aber an der Tatsache, dass es Gesetze gab und begrifflich auch jetzt jederzeit noch geben könnte, die sich in strikten Gegensatz zu den „guten Sitten" setzen. Das römische Recht bietet uns hierfür ein berüchtigtes Beispiel in der lex Julia et Papia Poppaea, von deren „tiefer Unsittlichkeit" schon Ihering spricht[2]). Wer sich gegen solche Gesetze vergeht, handelt zwar gegen die Gesetze, aber nicht gegen die guten Sitten, und ebenso steht es mit der Umgehung solcher Gesetze. Daraus geht hervor, dass die oben angenommene Ansicht des Verhältnisses von Gesetz und guten Sitten falsch ist, sie verhalten sich vielmehr zueinander wie zwei sich schneidende Kreise, sie haben nur einen Teil gemeinsam. So kann also die Gesetzesumgehung prinzipiell nicht unter § 138 fallen.

Ist es nun unmöglich, die Gesetzesumgehung unter allgemeine Rechtssätze zu bringen, so wird,

[1]) Vgl. Planck, „Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen", Bd. I S. 248. Staudinger, „Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, zu § 130.

[2]) Ihering, „Geist des römischen Rechts, Bd. III

wie schon oben erwähnt, die Bährsche Ansicht vielleicht eine kasuistische Unterwerfung unter das Gesetz fordern. Es wäre das ein mühevolles Unternehmen für den Gesetzgeber und das Leben würde doch seiner noch so grossen Umsicht spotten[1]). Trotzdem müssen wir gestehen, dass sich im bürgerlichen Recht einige Ansätze zu dieser Methode finden.

So bestimmt § 344 B.G.B.: „Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben." Das bedeutet eine ausdrückliche Unterwerfung einer drohenden Gesetzesumgehung unter das Gesetz. Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so will es, dass daraus keine Verpflichtung zur Leistung entstehe. Vereinbaren jetzt die Parteien für den Fall, der Nichterfüllung des Versprechens eine Vertragsstrafe, so wird der wirtschaftliche Erfolg, den das Gesetz verhindern wollte, im wesentlichen erreicht; denn entweder übt die drohende Vertragsstrafe einen Druck auf die Parteien aus, der sie trotz mangelnder rechtlicher Verpflichtung zur Leistung zwingt oder die im Falle der Nichtleistung verfallene Vertragsstrafe ersetzt die Leistung. Darum muss auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in diesem Falle unwirksam sein.

Ebenso steht es im Falle des § 762 B.G.B. Der Absatz 1, Satz 1 bestimmt: „Durch Spiel und durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet". Wenn nun die Parteien zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld eine Verbindlichkeit,

[1]) Vgl. Hellwig im „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 64, S. 372. Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 24 S. 49/50.

besonders eine abstrakte, begründen, so würde auch hier der vom Gesetz gemissbilligte Erfolg, eine Verbindlichkeit aus Spiel oder Wette, auf einem Umwege erreicht, eine Gesetzesumgehung, die der Absatz 2 ausdrücklich dem Gesetz unterwirft.

Am deutlichsten tritt diese Tendenz des Gesetzes hervor in § 6 des Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 12. Mai 1894. Dort heisst es: „Die Vorschriften der §§ 1 bis 5 finden auf Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts (§ 1) in einer anderen Rechtsform zu erreichen, entsprechende Anwendung. . . .“ Hier wird im Prinzip ausgesprochen, was in den beiden anderen Fällen nur kasuistisch geregelt ist.

Wir müssen anerkennen, dass diese drei Fälle auf den ersten Blick stark gegen die von uns vertretene Ansicht sprechen. Denn ist, wie wir annehmen, wirklich die Unterwerfung der Gesetzesumgehung unter das umgangene Gesetz eine selbstverständliche Folge der Auslegung dieses Gesetzes, dann bedurfte es nicht der oben angeführten ausdrücklichen Bestimmungen über die Unterwerfung der Gesetzesumgehung, in allen drei Fällen hätte die Erkenntnis, dass das betreffende Handeln gegen den Willen des Gesetzes verstösst, genügt, um das Gesetz darauf anzuwenden. Daraus, dass nun doch ausdrückliche Bestimmungen darüber gegeben sind, könnte man schliessen, dass das Gesetz nicht auf unserem Standpunkt, sondern auf dem der kasuistischen Regelung der Gesetzesumgehung steht. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass doch diese Fälle der ausdrücklichen Unterwerfung einer drohenden Gesetzesumgehung verschwindend wenige sind gegenüber der immer noch fast unbegrenzten Zahl der möglichen Gesetzesumgehungen im modernen Recht, durch diese besonderen Bestimmungen konnte

und sollte also auch kein Prinzip ausgesprochen werden, sie erklären sich so: einige bestimmte Fälle von Gesetzesumgehung erschienen dem Gesetzgeber besonders bequem und wichtig, darum verbot er sie ausdrücklich. Es sind das kaum mehr als Sicherheitsmassregeln, es ist uns nicht zweifelhaft, dass die Auslegung des betreffenden Gesetzes zur Aufstellung dieser Bestimmungen geführt hätte, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Gesetz sanktioniert wäre[1]).

Damit ist wohl bewiesen, dass es unmöglich ist, den Begriff der Gesetzesumgehung im Sinne Bährs als einer besonderen Form des Zuwiderhandelns gegen die Gesetze dem Bürg. Gesetzbuch gegenüber aufrecht zu erhalten. Vielmehr steht auch das Bürgerliche Gesetzbuch auf dem hier vertretenen Standpunkte, es sieht die Gesetzesumgehung als versteckte Gesetzesverletzung an, deren wahres Wesen als Gesetzesverletzung durch die Auslegung des einzelnen Gesetzes klar gestellt und damit diesem ohne weiteres unterworfen wird.

Diese Anschauung wird auch von der Praxis vertreten, sie soll nunmehr durch einige Beispiele aus dem modernen Recht erläutert werden.

Besonders in einer Frage des modernen Rechts ist die ganze Theorie der Gesetzesumgehung aufgerollt worden und noch heute ist der Streit nicht verstummt, es ist dies die Frage nach der Giltigkeit der sogen. Sicherungsübereignungen. Aller Nebenabreden und Verschleierungen entkleidet liegt der Fall bei ihnen folgendermassen: Ein Schuldner übereignet seinem Gläubiger eine bewegliche Sache oder ein Recht zur Sicherung einer Forderung. An sich

[1]) Vgl. Planck „Bürg. Gesetzbuch mit Erläuterungen", Bd. 2 S. 810 No. 8. Hoffmann, „Der Begriff der Gesetzesumgehung", S. 42.

ist diese sogen. fiduziarische Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung giltig, ja im B.G.B. § 223 Abs. 2 anerkannt. Die Frage ist nur: bedeutet dies Verfahren, wenn die Eigentumsübertragung mittelst constitutum possesorium vor sich geht, nicht eine Umgehung des § 1205 B.G.B., wonach zur Begründung und auch zum Fortbestehen (§ 1253 B.G.B.) eines Pfandrechts auf Seiten des Gläubigers Innehabung des Pfandes gehört? Die Antwort auf diese Frage hat eine ganze Geschichte.

Ursprünglich half man sich damit, dass man das Ganze für eine simulierte Verpfändung und das dissimulierte Geschäft mangels Innehabung des Gläubigers für unwirksam erklärte. Nachdem man aber, besonders durch Bähr, darauf aufmerksam geworden war, dass man es hier mit durchaus ernstgemeinten Erklärungen zu tun hatte[1]), und die Frage nach der Gesetzesumgehung klar hervorgetreten war, hat das Reichsgericht in allen Fällen diese Frage verneint[2]). In der Literatur dagegen herrschte und herrscht noch Streit. Er ist für uns insofern interessant, als er an die oben entwickelten Erfordernisse des zu umgehenden Gesetzes anknüpft. Man hat zuerst gesagt, nur gegen Verbotsgesetze ist eine Umgehung möglich und § 1205 ist ein Gebotsgesetz[3]). Und später: § 1205 will nicht den materiellen Erfolg, Sicherung durch Mobilien ohne Innehabung, verhindern, sondern gilt nur für den einzelnen Weg dazu, die Verpfändung. Dies ist besonders der Standpunkt des Reichsgerichts. Demgegenüber betonen die Gegner, dass aus dem im B.G.B. herrschenden

[1]) Vgl. „Seufferts Archiv", n. F. Bd. 6 No. 99, 100, 101. „Sächs. Arch.", Bd. 11 S. 486/488. Gruchots „Beiträge", Bd. 37 S 911.

[2]) „Entscheidungen des Reichsgerichts", Bd. 2 S. 168, 170 Anm. 1. 13 S. 200 S. 298, Bd. 26 S. 180. Vgl. auch Seufferts „Archiv", Bd. 46 No. 1 u. 2, Bd. 62 No. 4, Deutsche Juristen-Zeitung, 1902 S. 485

[3]) Vgl. Linckelmann im „Archiv für bürg. Recht", Bd. 7 S. 216 ff.

Publizitätsprinzip und aus der Entstehungsgeschichte des § 1205 zu schliessen sei, dass die sententia dieses Gesetzes auf Ausschliessung des ganzen Erfolges gehe. Es gipfelt also die Frage, ob hier eine Gesetzesumgehung vorliegt, in der anderen Frage, wie ist § 1205 auszulegen? Und um diese Frage dreht sich der Streit in der neueren Literatur. Es ist auf der Seite der Anhänger der reichsgerichtlichen Ansicht[1]) zu erkennen, dass ihre juristische Beurteilung der Frage durch wirtschaftliche Gesichtspunkte beeinflusst wird, nämlich durch die Ueberzeugung: es ist notwendiges Bedürfnis des Verkehrs, dass man bewegliche Sachen zur Sicherung von Forderungen benutzen kann, ohne ihre Innehabung aufzugeben. Demgegenüber steht der Gesichtspunkt, der zur Aufstellung des Faustpfandes im Bürgerlichen Gesetzbuch geführt hat: die Sicherheit des Verkehrs erheischt es, dass dingliche Rechte an fremder Sache erkenntlich gemacht werden, das sog. Publizitätsprinzip. Betrachtet man nun die betreffenden Vorschriften des Bürg. Gesetzbuchs nach Wortlaut, Zusammenhang und Entstehungsgeschichte[2]), so wird man u. E. zu dem Ergebnis kommen, das ja neuerdings wieder eine nachdrückliche Begründung gefunden hat[3]), dass § 1205 B.G.B. so

[1]) Staudinger, „Kommentar zum Bürg. Gesetzbuch", Bd. 1 S. 401. Lilienthal in der „Deutschen Juristenzeitung", 1902 S. 543. f. Schlegelmilch, „Ueber das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts" S. 27. Hoffmann, „Der Begrift der Gesetzesumgehung", S. 39.

[2]) Vgl. Mot. zum Entw. eines Bürg. Gesetzbuchs, Bd. 3 S. 801. Protokolle der Komm. für die 2. Lesung des Entw., Bd. 3 S. 445, 201, Katzenstein in „Gruchots Beiträge zur Erl. d. d. Rechts", Bd. 49 S. 337.

[3]) Vgl. Katzenstein in „Gruchots Beiträge", Bd. 49 S. 337. Goltz, „Das fiduziarische Rechtsgeschäft", S. 32. Buetow, „Die Sicherungsübereignungen", S. 38. Vgl. auch Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 153. Barthelmes, „Das Handeln in fraudem legis", S. 44. Hellwig im „Archiv für ziv. Praxis", S. 369 ff. Kohler, „Iherings Jahrb.", Bd. 16 S. 151. Bähr, „Urteile des R. G.", S. 57 ff.

auszulegen ist: „Das Gesetz will nicht, dass der, welcher einem Gläubiger zur Sicherung wegen einer Forderung ein dingliches Recht an seiner Sache einräumt, im Besitz dieser Sache verbleibt. . . . . Da aber das Gesetz diesen seinen Willen ausdrücklich nur für das Pfandrecht ausspricht, so ist jedes Geschäft, welches das verbotene Resultat auf einem anderen Wege zu erreichen sucht, eine Umgehung des Gesetzes[1])." Der oben erwähnte wirtschaftliche Gesichtspunkt, dessen überwiegende Bedeutung gegenüber der Forderung nach Publizität der Rechte an fremder Sache sehr zweifelhaft ist, kann wohl für eine Abänderung der bestehenden Vorschriften, niemals aber für ihre Auslegung entscheidend sein. Eine eingehendere Begründung und Verteidigung dieser Ansicht gehört nicht in den Rahmen unserer Aufgabe, für uns hat das Beispiel der Sicherungsübereignungen seinen Zweck erfüllt, wenn wir an ihm gezeigt haben, dass die Gesetzesumgehung nichts als Verletzung des richtig ausgelegten Gesetzes ist, dass es nur zweifelhaft sein könne, wieweit das einzelne Gesetz auszulegen ist, dass also die Gesetzesumgehung nichts ist, als eine Frage der Gesetzesauslegung. Allerdings ist die Schwierigkeit dieser Gesetzesauslegung häufig eine ganz erhebliche, wie wir schon an diesem einen Beispiel gesehen haben.

Dieselbe Schwierigkeit wiederholt sich in einem anderen Falle, wo das Reichsgericht eine Gesetzesumgehung angenommen hat. § 66 des Börsenges. vom 22. Juni 1896 sagt in Abs. 1:

„Durch ein Börsentermingeschäft in einem Geschäftszweige, für welchen nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem

[1]) Katzenstein a. a. O.

Börsenregister eingetragen sind, wird ein Schuldverhältnis nicht begründet."

Der Begriff des Börsentermingeschäfts wird nun in § 48 durch drei Erfordernisse festgelegt: Börsentermingeschäfte sind Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte über Waren oder Wertpapiere, die

1) auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder Lieferungsfrist lauten,
2) nach Geschäftsbedingungen geschlossen sind, die von dem Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzt sind,
3) wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt.

Nur bei solchen Geschäften kann der nicht ins Börsenregister eingetragene Teil den sogen. Differenzeinwand erheben. Dieser § 48 hat aber durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine weitgehende Auslegung erfahren und zwar infolge von Geschäften, die von dem obigen Begriff das Börsengeschäft abweichend, doch den gleichen Erfolg erreichten. In einigen Entscheidungen hat das R. G. die obigen drei Begriffsmomente folgendermassen erweitert: Börsentermingeschäfte sind Geschäfte, die

1) „zu einem festen Termin ohne Rücksicht auf persönliche Bedürfnisse der Parteien" geschlossen sind[1]),
2) allgemeinen, schablonenhaften, der Individualität des Einzelgeschäfts entbehrenden Charakter zeigen[2]),

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 47 S. 112.
[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 44 S. 113.

3) „zu einem Preise geschlossen werden, der sich an der Börse infolge des Zusammentreffens und Zusammenwirkens der Börsenbesucher bildet[1])."

Das Reichsgericht beruft sich für diese Auslegung auf die sententia des Börsengesetzes: „es will Börsentermingeschäfte unter nicht eingetragenen Personen verhüten[2])". Es weist nach, dass nach Erlass des Börsengesetzes, das auf die üblichen Geschäftsbedingungen bei Börsenterminggeschäften gemünzt war, von den Börsenkreisen diese Bedingungen nur deshalb verändert wurden, um den wörtlichen Tatbestand des Gesetzes zu vermeiden und doch den verpönten wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen, und wendet demgemäss das Gesetz auch auf diese Geschäfte an. Uns erscheint diese Ansicht des Reichsgerichts berechtigt, obgleich sie in der Literatur stark bekämpft wird. Man wirft ihr vor, sie korrigiere das Gesetz aus seinem Zweck heraus und sieht allein in einer Reform der Gesetzgebung ein Mittel gegen die Lücke im Gesetz. Demgegenüber ist unsere Ansicht, dass hier keine Korrektur des Gesetzes, sondern lediglich seine Auslegung stattfindet, allerdings eine Auslegung, die dem Zweck des Gesetzes eine gewisse Bedeutung einräumt. Wie aber schon oben[3]) entwickelt, ist dies die Pflicht jeder gründlichen Auslegung, das Reichsgericht fällt somit nicht aus dem Rahmen der zulässigen Auslegung[4]).

In einem anderen Punkte zweifelhaft ist der Fall, der manchmal als Umgehung dargestellt wird, der

[1]) Reichsgericht, Bd. 47 S. 112.

[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 44 S. 109.

[3]) Vgl. S. 56.

[4]) Vgl. Staubs, „Kommentar zum Handelsgesetzbuch", II. Bd. S. 1572. Hoffmann, „Der Begriff der Gesetzesumgehung", "

Fall des fiduziarischen Vollindossaments zu Incassozwecken, um dem Schuldner dadurch persönliche Einreden gegen den Indossanten abzuschneiden[1]). Wir möchten hier keine Umgehung annehmen und die Reaktion des Rechts gegenüber dem unredlichen Verhalten von Indossant und Indossatar der exceptio doli des Schuldners zuweisen, da wir mit Werthauer[2]) meinen: „es gibt keinen Rechtssatz, von dem man sagen könnte, dass ihn Indossant und Indossatar durch ihr kolludierendes Verhalten . . . umgehen . . . .

Klar dagegen liegt die Gesetzesumgehung und ihre Unterwerfung unter das umgangene Gesetz auf Grund Auslegung aus dem Willen des Gesetzes in drei anderen Fällen des modernen Rechts. Die beiden ersten sind vom Kammergericht entschieden worden.

Nach § 94 des Allgemeinen Berggesetzes kann Gewerkschaft nur unter den Beteiligten an einem verliehenen Bergwerk entstehen, nicht unter den Miteigentümern an einem Bergwerk. Nun ist in gewissen Landesteilen Preussens der Stein- und Braunkohlenbergbau nach einem Gesetz vom 22. 11. 1869 dem Grundeigentümer vorbehalten, somit der Gewerkschaftsform entzogen. Deshalb haben in einem Fall[3]) die Beteiligten ein altes, längst ausser Betrieb gesetztes Eisensteinbergwerk erworben und haben, was an sich zulässig ist, hierfür eine Gewerkschaft gegründet. Nunmehr haben sie das Kohlenbergwerk, das den alleinigen Zweck der ganzen Unternehmung bilden soll, gekauft und verlangen

[1]) Vgl. Kohler in „Iherings Jahrbüchern", 2, Bd., 16. S. Pfaff, „Zur Lehre vom sog. agere in fraudem legis", S. 153.

[2]) Werthauer in der „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart", Bd. 13 S. 648.

[3]) Vgl. „Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts", Bd. 22, A, S. 150.

die Eintragung der betreffenden Grundstücke im Grundbuch auf den Namen der Gewerkschaft. Geschähe das, dann würde der vom Gesetz verpönte wirtschaftliche Erfolg erreicht, eine Gewerkschaft hätte zum alleinigen Gegenstand des Unternehmens ein Kohlenbergwerk. Das Kammergericht entscheidet: Das Verbot der Gewerkschaftsgründung für ein Kohlenbergwerk ist auf diesen Fall zu erstrecken, die Gewerkschaftsgründung für das Eisensteinbergwerk ist nichtig, so kann auch die Gewerkschaft nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen werden.

Artikel 13 der preussischen Verfassungsurkunde bestimmt:

„Die Religionsgesellschaften sowie die geistlichen Gesellschaften, welche keine Korporationsrechte haben, können diese Rechte nur durch besondere Gesetze erlangen".

Nun haben mehrere Mitglieder einer religiösen Genossenschaft unter sich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet mit der deutlichen Tendenz in den Vertragsbestimmungen, dadurch in Wirklichkeit der Genossenschaft Rechtsfähigkeit zu erwerben. Das Kammergericht entscheidet[1]): Es liegt eine Gesetzesumgehung vor, denn der wirtschaftliche Erfolg ist der gleiche, wie der, den das Gesetz verhindern wollte, somit ist der Gesellschaftsvertrag nichtig und die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister abzulehnen.

Endlich noch ein Fall von allgemeinerer Bedeutung. Das bürgerliche Gesetzbuch hat die sogenannten Vorverträge nicht geregelt. Man versteht darunter einen obligatorischen Vertrag, der die Verpflichtung zum Abschlusse eines zweiten

[1]) „Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts", Bd. 31, A. No. 140.

Vertrages begründet[1])". Nach der im bürgerlichen Gesetzbuch herrschenden Vertragsfreiheit und der Tatsache, dass das bürgerliche Gesetzbuch von den Vorverträgen schweigt, könnte man nun schliessen, dass Vorverträge immer formlos sind, auch wenn sie die Verpflichtung zum Abschlusse eines formbedürftigen Vertrages begründen sollen. Dem ist jedoch nicht immer so. In den wichtigsten Teil unseres bürgerlichen Rechts, im Bürgerlichen Gesetzbuch, will das Gesetz durch seine Formvorschrift „zu besonnener Ueberlegung anhalten und die ernste juristische Bedeutung des Vertrages zum Bewusstsein bringen[2])". Diese Absicht des Gesetzes würde völlig vereitelt, wenn der in so einem Falle formlos gschlossene Vorvertrag gültig wäre, dann wären ja schon vor der Erfüllung der Form des Hauptvertrages die Parteien gebunden, es wäre das eine Umgehung des Gesetzes. Somit hat bei jeder Formvorschrift der Richter den Willen des Gesetzes zu erforschen und, wenn er ihn als den oben dargestellten erkennt, das Formerfordernis und somit auch die das formlose Geschäft regelmässig treffenden Nichtigkeit auf den formlosen Vorvertrag zu erstrecken[3]).

Ueberblicken wir nunmehr die dargestellten Fälle der Gesetzesumgehung im modernen Recht, so können wir sagen:

„Der Begriff der Gesetzesumgehung ist heute noch praktisch, man versteht darunter das Han-

[1]) Endemann, „Lehrbuch des bürgerl. Rechts", Bd. I S. 616.

[2]) Endemann, „Lehrbuch des bürgerl. Rechts", Bd. I § 106 Anm. 10. Vgl. Danz, „Auslegung der Rechtsgeschäfte", S. 141.

[3]) Vgl. Endemann a. a. O. Oertmann, „Das Recht der Schuldverhältnisse", S. 138. Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts", 2. Bd. S. 273. Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 53 S. 236 und S. 257. „Deutsche Juristenzeitung", Jahrg. 1902 S. 335. Danz a. a. O.

deln gegen den Sinn eines zwingenden Gesetzes ohne Verstoss gegen seinen Wortlaut."

§ 11.

Ist der Begriff des agere in fraudem legis noch verwendbar?

Mit dieser Definition ist eigentlich die zweite der beiden Fragen, in die wir den bürgerlich rechtlichen Teil unseres Themas zerlegt haben, schon beantwortet. Denn ein Vergleich der beiden Begriffsbestimmungen des agere in fraudem legis und der Gesetzesumgehung zeigt, dass jenes noch heute vollkommen verwendbar, dass es mit der modernen Gesetzesumgehung identisch ist.

Das Wesen des agere in fraudem legis wie das der Gesetzesumgehung besteht in einer Gesetzesverletzung, die unter Befolgung des Gesetzeswortlauts verborgen wird. Die übrigen Fragen, die sich beim agere in fraudem legis erhoben, sind für die Gesetzesumgehung des modernen Rechts viel sicherer zu beantworten. So ergibt sich die Möglichkeit der Umgehung von Gebotsgesetzen aus den beiden letzten Beispielen. Die Absicht der Gesetzesumgehung ist auch heute für die Anwendung des umgangenen Gesetzes nicht erforderlich, dafür spricht schon unser letztes Beispiel. Auch hat das Reichsgericht diesen Satz schon ausdrücklich ausgesprochen, es sagt[1]): „es ist . . . . Sache der Jurisprudenz . . . . . namentlich nicht zu dulden, dass die im öffentlichen Interesse wurzelnden Rechtsprinzipien in ihrer lebendigen Wirkung, sei es absichtlich vereitelt, sei es auch nur o b j e k t i v gelähmt, werden durch Rechtsakte, welche" usw.

[1]) „Entscheidungen des Reichsgerichts", Bd. 24 S. 50.

Der Kongruenz der Begriffe des agere in fraudem legis und der Gesetzesumgehung entspricht, dass römisches und modernes Recht auf sie in gleicher Weise reagieren: die Auslegung[1]) kennzeichnet sie als Gesetzesverletzungen und unterwirft sie dem Gesetz.

---

[1]) im weiteren Sinne, auch die Analogie mit umfassend, s. oben § 9.

Schluss.

Wenn nun aber Gesetzesumgehung in Wahrheit nichts anderes bedeutet als Gesetzesverletzung, hat dann überhaupt der Begriff der Gesetzesumgehung noch eine Existenzberechtigung? Von manchen Seiten wird diese Frage verneint[1]). Es wird als unlogisch bezeichnet, das Gesetzesumgehung zu nennen, was seinem Wesen nach Gesetzesverletzung ist. Das ist zwar als richtig anzuerkennen, dennoch aber hat wohl der Begriff der Gesetzesumgehung heute noch eine Bedeutung, die ihm Existenzberechtigung verleiht. Es ist seine Bedeutung als Symptom eines Mangels unserer Gesetze, der darin besteht, dass es dem Gesetze nicht gelingt, seinen Willen restlos zum Ausdruck zu bringen. Die Erkenntnis dieses Mangels, vermittelt durch sein Symptom, die Gesetzesumgehung, gibt aber der Rechtsentwickelung die Richtung auf seine Beseitigung und in der idealen Rechtsordnung, deren Sätze aus grossen Prinzipien bestehen, aus denen der Richter den Gesetzeswillen für den einzelnen Fall erst abzuleiten hat, wird die Gesetzesumgehung begrifflich unmöglich.

So arbeitet auch die Umgehung des Gesetzes an seiner Vervollkommnung.

---

[1]) Vgl. Neff, „Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten", S. 25 ff. Kuhlenbeck in den „Blättern zur Rechtsanwendung", Bd. 70 S. 340.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 16. Oktober 1889 in Hirschberg i. Schl. als Sohn des Justizrats und Notars Benno Ledermann und seiner Ehefrau Lucie geb. Schachtel, mosaischer Konfession, preussischer Staatsangehörigkeit. Ich besuchte das Königliche Gymnasium in Hirschberg und bestand Michaelis 1907 die Reifeprüfung.

Darauf studierte ich 6 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Breslau, München, Genf und Berlin.

Am 15. Dezember 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung und am 3. Februar 1911 das Rigorosum.

Meine erste Ausbildung als Referendar erhielt ich an den Königl. Amtsgerichten Bolkenhain und Hermsdorf u. K.

Seit dem 7. November 1911 bin ich dem Königl. Landgericht Hirschberg zur weiteren Ausbildung überwiesen.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. Leonhard für seine gütige Unterstützung bei Abfassung dieser Arbeit.